

علم
أصول القانون

خلاصة المحاضرات التي القاها

الأستاذ عبد الرزاق أحمد السرهوري بك

عميد كلية الحقوق

على طلبة السنة الأولى بكلية الحقوق في علم أصول القانون
كمقدمة تمهيدية لدراسة القانون بوجه عام ودراسة
القانون المدني بوجه خاص

علم

أصول القانون

خلاصة المحاضرات التي ألقاها

الأستاذ عبد الرزاق أحمد الشهري

عميد كلية الحقوق

على طلبة السنة الأولى بكلية الحقوق في علم أصول القانون

كقائمة تمهيدية لدراسة القانون

١٩٣٦م - ١٣٥٤هـ

مقدمة

الغرض من دراسة علم أصول القانون
التعريف بالقانون . خصائصه . ضرورته . نطاقه . اتصاله
بالعلوم الأخرى

استيعاب المبادئ
الأساسية دون
التفصيلات

١ - الغرض من دراسة علم أصول القانون

الغرض من دراسة أصول القانون قبل دراسة القانون نفسه هو
استيعاب المبادئ الأساسية التي يقوم عليها القانون ، قبل أن ندخل في
دراسة تفصيلاته ولشكل علم مقدمة هي المدخل الذي يوطئ السبيل إلى
دراسته ، فدراسة أصول القانون تعد دراسة تمهيدية لدراسة القانون في
فروعه المختلفة .

روح الدراسة :
دراسة ابتدائية

وسندرس أصول القانون في هذه المحاضرات بروح تتوخى بها :
(أولاً) أن نلم بالمبادئ الأولى للقانون فنحدد طبيعته ، ونبين
مصادره ، ونفصل فروعه ، ونلاحظ هنا أن دراسة أصول القانون قد تكون
ابتدائية للمبتدئين في دراسة القانون ، وهي الدراسة التي نزمع أن نجري
عليها في هذه المذكرات . وقد تكون دراسة عميقة فلسفية ، يقصد بها السمو
بالدراسة القانونية إلى درجة من التجريد والاستقراء المنطقي والتعمق
العلمي تتفق مع حالة من أتم دراسة القانون ، ووعى فروعه وتفصيلاته ،
ولم يبق إلا أن يستخلص ما فيه من فلسفة وعلم وهنا إنما يكون خاتمة
لدراسة القانونية لامقدمة لها .

دراسة فلسفية

(ثانياً) ومهما يكن من الصبغة الابتدائية التي توخيناها في دراسة

أصول القانون في هذه المحاضرات ، قد آثرنا مع ذلك أن نبسط للبديء الفلسفية والعملية التي تتركز عليها دراسة القانون ، حتى نجد الناس أعمداً عليها فلسفياً قبل أن يخوض غمار الحياة العملية ، فإنه إذا قانته هذا الأعداد الطلى وقت الدراسة فلا يروضه عنه للران المعلى ، ويصعب عليه بعد ذلك أن يستدرك ما قلت .

٢ — التعريف بالقانون

يمكن تعريف القانون بأنه مجموعة القواعد التي تنظم الروابط الاجتماعية ، والتي تقصر القوة الناس على اتباعها ولو بالقوة عند الاقتضاء .

ايراد التعريف

٣ — خصائص القانون

ومن التعريف المتقدم ندرك أن للقانون خصائص ثلاثاً : (١) فهو قاعدة (٢) تنظم الروابط الاجتماعية (٣) يصحبها جزاء توقعه الدولة .

(١) فهو أولاً قاعدة : والقاعدة لها ميزان ، العمومية والتنظيم . فالقانون عام بطبيعته ، منظم بوظيفته . أما أنه عام فمضى ذلك أنه لا يوضع لعمل واحد معين أو لشخص واحد بالقوات . وعلى ذلك لا يكون الامر الادارى الصادر باغلاق مصنع معين قانوناً ، كما لا يكون قانوناً المحكم القضاءى المزم لشخص بالقوات بأن يدفع مبلغاً من المال لشخص آخر . بل يجب أن تكون القاعدة القانونية عامة ، أى تكون واجبة التطبيق على كل الاعمال والأشخاص المتأثرة التي ينظمها . وذلك لا يمنع من أن القانون قد ينظم طائفة معينة من الاعمال ، كالتصرّات الصادرة فى مرض الموت أو يطبق على طائفة معينة من الاشخاص ، كالطلبة والجنود والعمال . بل ذلك لا يمنع من أن يطبق القانون على شخص واحد ، على أن يؤخذ بصفته لا بذاته كالقانون الذى ينظم وراثة العرش أو رئاسة الوزارة .

قاعدة : العمومية

النظام

ويفهم مما تقدم أن القانون ينطوي على معنى النظام الى جانب معنى العمومية ، فحام قاعدة تطبق على الحوادث المتكررة والاشخاص المتماثلة ، وتطبق كل مرة على النحو التي طبقت به من قبل ، فان هذا التكرار في التطبيق يخلق نظاما متناسقا لا يخل ، وهذا هو أوضح معاني القانون . فلكل كان الشبه قريبا بين القواعد القانونية والقوانين الطبيعية . والجامع بينهما هو النظام . الا أن هناك فرقا جوهريا بينهما ، فالقواعد القانونية تطاع عن شعور وإرادة ، يطيعها الإنسان وهو يحكم عصيائها متحملا جزاء العصيان . أما القوانين الطبيعية فتطيعها الظواهر الطبيعية لا عن إرادة ولا عن شعور ، وهي لا تمكك الا طاعتها قانون الجاذبية تطيعه كل الاجسام وليس لها بد من هذه الطاعة .

تنظم الروابط الاجتماعية

(٢) والقانون قاعدة تنظم الروابط الاجتماعية : فالقانون لا يوجد الا حيث يوجد مجتمع بشري ، ولا يمكن تصور وجود القانون دون وجود المجتمع . والإنسان للفرد - روينسون كروزو أو حي بن يقظان - على فرض وجوده ، لا تربطه رابطة بغيره ، حتى يوجد القانون لتنظيم هذه الرابطة ، على أن الإنسان للفرد ليس الا فرضا فلسفيا لا حقيقة له . فالإنسان يولد في المجتمع ، ولا يعيش الا في المجتمع .

يقتن بها جزاء

(٣) والقانون أخيرا يقتن به جزاء دينوي توقعه الدولة . وقد يصحب القاعدة جزاء غير دينوي - وعد بالتواب أو وعيد بالعقاب في الحياة الآخرة - فهذا الجزاء لا يخرج القاعدة من دائرة الدين الى دائرة القانون . وقد تنقلب بعض القواعد الدينية الى قواعد قانونية ، اذا اقترن بها جزاء دينوي ، وأخذت الدولة الناس بتنفيذها . وقد يصحب القاعدة جزاء دينوي ، ولكن الدولة لا توقعه ، بل يتولى توقيمه الرأي العام ، كما في قواعد الاخلاق والمجاملات الاجتماعية ، فهذه جزاؤها حمد الناس أو

جزاء دينوي توقعه الدولة

ذمهم ، ورضائهم أو استنكارهم ، فهي ليست بقانون اذ ليس للدولة شأن بها . أما اذا صاحب القاعدة جزاء دنيوى توقعه للدولة ، فن القاعدة تعتبر قانونا ، والجزاء يختلف ، فقد يكون جزاء جنائيا ، أى عقوبة يتقاضاها المجتمع من المجرم ، وقد يكون جزاء مدنيا أى تنفيذ لحق يتقاضاه الدائن من المدين .

جزاء جنائى
جزاء مدنى

٤ - ضرورة القانون

يتبين مما تقدم أن القانون يوجد فى المجتمع البشرى لتنظيم الروابط الاجتماعية . ولما كان وجود المجتمع ضروريا ، اذ أن الانسان لا يعيش الا فى المجتمع كاقدمنا ، فإن الروابط الاجتماعية لا بد من وجودها ومتى وجدت الروابط الاجتماعية وجب تنظيمها بقواعد ، وهذه القواعد هى القانون .

طبه الروابط
الاجتماعية الى
التنظيم

والفرد فى المجتمع لا يستطيع أن يتمتع بحرية طبيعية مطلقة ، والا تضارعت حريته مع حريات الآخرين . فلا بد اذن من حد للحريات جميعا ، وترك كل فرد حرا فى حدود احترام حريات الآخرين . فالتعارض ما بين الحريات الطبيعية ووجوب حدها حتى يزول هذا التعارض ، والتضارب ما بين المصالح ووجوب التوفيق بينها حتى يمكن تحقيقها جميعا ، هذا هو الذى يستوجب وجوب القانون

وجوب حد للحريات

٥ - نطاق القانون

اذا أردنا تحديد نطاق القانون بالنسبة الى علم الاخلاق ، وجدنا ان دائرة الاخلاق أوسع بكثير من دائرة القانون . فدائرة الاخلاق تشمل واجب الانسان نحو الله ، وواجبه نحو نفسه ، وواجبه نحو الغير . أما دائرة القانون فلا تشمل الا واجب الانسان نحو الغير . وهى بعد لا تشمل الا بعض هذا الواجب . اذ أن واجب الانسان نحو الغير منه ما لا تقبل طبيعته أن يوضع له جزاء دنيوى ، بل يرجع الأمر فيه الى الضمير ، كالتيات

دائرة علم الاخلاق
واجب الانسان
نحو الله . واجب
الانسان نحو نفسه .
واجب الانسان
نحو الغير

ما يستحيل وضع
جزاء له

ما يتلوه وضع
جزاءه

ما لا يناسب وضع
جزاءه

المستقرة، ومنه ما يتلوه وضع جزاء دينوي، كالعصق والوفاء، ومنه ما يجوز أن يوضع له جزاء دينوي. وهذا الأخير قسيمان : قسم يرى المجتمع من المناسب وضع جزاء له. وقسم لا يرى المجتمع ذلك مناسباً له. وتحديد المناسب وغير المناسب يختلف باختلاف النظريتين : النظرة الفردية والنظرة الاشتراكية. فالنظرة الفردية تعني بالفرد وتسخر المجتمع لخدمته، فلا تجعل القانون يتدخل في شؤون الفرد وفي حرته إلا بالقدر الضروري والنظرة الاشتراكية تعني بالمجتمع وتسخر الفرد لخدمته، وتجعل القانون يتدخل إلى أقصى حد ممكن في حرية الفرد.

فدائرة القانون :
ما يناسب وضع
جزاءه

فدائرة القانون لا تتضمن من واجبات الإنسان إلا واجبه فهو الغير ولا تأخذ من هذا الواجب ما يستحيل وضع جزاء له ولا ما يتلوه أن يوضع له هذا الجزاء، ولا ما لا يناسب أن يكون له جزاء، بل تقتصر على ما يمكن أن يكون له جزاء بشرط أن يكون ذلك مناسباً.

٦ - اتصال القانون بالعلوم الأخرى

تدريج العلوم من الأعلى :
العلوم الرياضية :
العلوم الطبيعية :
العلوم الاجتماعية :
الأخلاق :
الاجتماع :
الاقتصاد :
السياسة :

العلوم رياضية وطبيعية واجتماعية. وأدنى العلوم هي الرياضية لأن الإنسان يخلق فروضها فهو مالك لمصادر الحكم والتقدير فيها. ويلها في الدقة العلوم الطبيعية، ثم العلوم الاجتماعية، إذ أن سيطرة الإنسان على الظواهر الاجتماعية أقل مما يمكننا من سيطرته على الظواهر الطبيعية والقانون يدخل في دائرة العلوم الاجتماعية. وأهم هذه العلوم هي علم الأخلاق وقد رأينا علاقته بالقانون، والنسبة ما بين دائرة القانون ودائرة الأخلاق. ثم علم الاجتماع وعلم الاقتصاد وعلم السياسة. والقانون إذا كان خاصاً فهو يتصل اتصالاً وثيقاً بعلم الاجتماع في دائرة الأحوال الشخصية، وبعلم الاقتصاد في دائرة الأحوال المصيرية أو المعاملات المالية. وإذا كان عاماً

قائمه وثيق بلم السياسة .

ومن ذلك يتبين أن القانون يتدخل في كل العلوم الاجتماعية بل
هو هذه العلوم مجتمعة يستخلص حقائقها ، ويصرغ هذه الحقائق العلمية
قواعد قانونية يجرى العمل على مقتضاها

٧ — خطة البحث

أما وقد فرضنا من هذه الكلمة التمهيدية في التعرف بالقانون فنحن
نعرض لمباحث علم أصول القانون في ثلاثة أبواب : فنخصص الباب الأول
للكلام في طبيعة القانون ، ونجعل الباب الثاني لبحث مصادر القانون ،
ونختم بالباب الثالث في فروع القانون ؟

أبواب ثلاثة .
طبيعة القانون
مصادر القانون
فروع القانون

الباب الأول

طبيعة القانون

٨ - المذاهب المختلفة في طبيعة القانون

أول مسألة تعرض لنا من مسائل القانون هي أن تعرف طبيعته وماهيته : على أي أساس يقوم القانون ، وما هي العناصر التي يحتوي عليها إذا حللناه الى عوامله الأولى ؟

هذه هي المسألة التي تتفرق فيها الآراء ، وتباين للمذاهب ، وتشعب وجوه النظر . وهي المسألة التي تتلخص فيها فلسفة القانون .

طائفتان من
المذاهب :

ونحن نستعرض هنا بإيجاز أهم للمذاهب في طبيعة القانون . وقد اخترنا أن قسمها الى طائفتين :

المذاهب القانونية

الطائفة الأولى للمذاهب القانونية : وهي مذاهب تقف عند الناحية القانونية العملية ، ولا تتعمق في تحليل القانون تحليلاً علمياً فلسفياً .

المذاهب الاجتماعية

الطائفة الثانية للمذاهب الاجتماعية : وهذه مذاهب تنفذ الى طبيعة القانون فتحللها تحليلاً فلسفياً اجتماعياً ، ولا تكتفي بالنظرة القانونية العملية .

الفصل الأول

المذاهب القانونية

٩ - مبادئها

هذه مذاهب تحمل القانون مشيئة صادرة من هيئة عليا . فهي تتخذ لقانون ميلا مديا ، وتتصرف من مصدره الرسمي أو الشكلي ، وتقف عند ذلك ، فلا تنفذ الى طبيعة القانون ، ولا الى مصادره الحقيقية . فهي مذاهب تصلح للرجل القانوني ، يريد أن يعرف من ورائها متى تعتبر القاعدة قانونا يطبق في العمل .

وهي تجمع كلها في مسألة واحدة ؛ هي أن هناك مشرعا هو الذي يصنع القانون . فإذا أريد منها تحليل القانون والتعرف على طبيعته ، لم تجاوز في تحليلها أكثر من أن تقرر أن القانون هو مشيئة هذا للشرع . فكل مجتمع ينقسم الى قسمين ؛ الهيئة الحاكمة والهيئة المحكومة . فالأولى هي التي تسن القوانين ، والثانية هي التي تخضع لها . وقد تكون هذه الهيئة التي تسن القانون قوة غير منظورة هي « الله » أو أية سلطة روحية أخرى . وهذه هي القوانين الدينية ، كالشريعة الإسلامية والشريعة اليهودية . ففي هاتين الشريعتين الله هو للشرع الأول ، والقانون في أسسه وحى من عنده ، ينزل على عبد من عباده يصطفيه نبيا . وقد تكون الهيئة للشرع هيئة بشرية هي الدولة أو المشرع . فلقائل بأن القانون هو مشيئة الدولة هو الفقيه الانجليزي المعروف « أوستن Austin » ويقابله في فرنسا مدرسة « الشرح على المتن » (Ecole de l'Exege) وهي كاوستن تذهب

القانون مشيئة
السلطان :
الله ،
الدولة ،
الشرع

الى أن القانون مشيئة المشرع ، ومصدره الوحيد هو التشريع .
وها نحن نعرض لكل من هذين المذهبين موجزين .

المبحث الأول

مذهب أوستن

١٠ - اسمى المذهب

يقوم مذهب أوستن على أن القانون في (وضعه) وفي (تنفيذه)
يستند الى سلطان القوة . فالسلطان هو القى يضع القانون ، وهو القى
يأخذ الناس بطاعته . فالقانون في طبيعته مشيئة السلطان ، تنفذ قهراً اذا
اقتضى الحال ذلك .

١١ - ارادة القانونة الصرفة في مذهب أوستن

ويؤخذ بما تقدم أن القانون يقوم على دعائم ثلاث :
(أولاً) هيئة سياسية معينة هي الهيئة التي تبشر سلطان القوة
(ثانياً) أمر أو نهى يصدر من هذه الهيئة (ثالثاً) اقرار هذا الأمر والنهى
بجزاء دينوى توقعه القوة على من يخالف القانون .

١٢ - (أولاً) هيئة سياسية معينة

هنا يميز أوستن في كل مجتمع سياسى شخصاً معيناً او هيئة معينة
هي التي لها السلطان . والسلطان في طبيعته واحد لا يتجزأ وهو القوة
للمسيطرة على كل القوات في القوة ، لاملو عليها قوة ، وتدين لها كل
القوات بالخضوع . ففي القوة الاستنادية يكون السلطان في يد فرد هو
الملك أو الإمبراطور أو هو يسمى بأى اسم آخر . وفي القوة الديمقراطية
يكون السلطان في يد هيئة أو أكثر ، مجلس للنواب ومجلس الشيوخ

السلطان مصدر
القانون في الوضع
ولي التنفيذ

هيئة سياسية معينة :
أمر أو نهى

السلطان :
السلطة الفعلية

مثلا ، والى جانبها يتف رئيس الدولة ، ملكا كان أو امبراطورا أو رئيس جمهورية أو غير ذلك .

المسألة السياسية

هذه الهيئة تتميز عن سائر الهيئات بأن صيغتها سياسية ، فتخرج بذلك الهيئات الأخرى غير السياسية ، كالتقابات والجمعيات المدنية والشركات التجارية والامدية والكنيسة وما الى ذلك . وتتميز كذلك بأن لها السلطان الأعلى على كل الأفراد وعلى كل الهيئات المدعجة في الدولة كما قلنا .

مشيئة حادثة خاتمة

وهذه الهيئة هي التي تنظم الروابط الاجتماعية بقوانين مشيئتها تصدرها للأفراد والهيئات الخاضعة لسلطانها . فالتقوانين أذن ارادة حادثة صادرة من هيئة شاعره ، وليست شيئا كاملا في طبيعة الروابط الاجتماعية ، تنشأ وتتطور في دائرة لاشعورية كما يزعم أنصار مذهب القانون الطبيعي . وقد تكون العادات وقواعد المدالة وغيرها مصدرا للقانون ، ولكن هذه الهيئة السياسية المعينة تقرر بذلك وتقرنه بجزء ، وما يقره السلطان فإنه يأمر به

ما يقره السلطان
بأمر به

What the sovereign permits he commands.

١٣ - (ثانيا) أمر أو نهى

ومشيئة الهيئة الحاكمة تكون أمرا أو نهيا . فالتقانون ليس مجرد ارشاد تحت الناس على اتباعه ، بل هو أمر أو نهى يجب السير على مقتضاه .

مجرد الرخصة

وقد يتراض على ذلك بأن كثيرا من القواعد القانونية ليست أمرا أو نهيا ، بل هي مجرد رخصة . فالتقانون يبيح للشخص أن يفعل وان يتماقذ وأن يوصى وان يهب غاين الأمر والنهى من ذلك ؟ ان هي الا رخص أباحها القانون للناس فلم أن يتماقذوا والايتماقدوا ولم أن يوصوا والايوصوا .

ولكن هذا الاعتراض يمكن دفعه . فإن القاعدة القانونية التي ترخص في عمل شيء تأمر في الوقت ذاته الناس باحترام هذا العمل اذا تم وتنبههم عن انتهاك حرمة . ثم هي توجب في ذمة من قام بالعمل التزامات هي أوامر وتوابع يجب لها الطاعة . فمن تعاقد بالبيع مثلا وجب على البير احترام تعاقد ، وبثشيء العقد في ذمته التزامات بتسليم الشيء البيع ، وبثقل ملكيته ، وبالامتناع عن التمرض للشئ ، وبمنع تعرض البير له ، وهكذا فهذه جملة من الأوامر والنواهي يتضمنها التعاقد .

وقد يفترض كذلك بأن قواعد الرافعات لا تتضمن أوامرا ونواهي ، قواعد المرافعات بل في أكثرها اجراءات تتبع اذا اختار شخص ان يسلك طريق القضاء . ودفع هذا الاعتراض يسير . فإن اثناع هذه الاجراءات أمر يصدره القانون للقضاء . والمتقاضين دون غيرهم من الناس .

١٤ - (ثالثا) الجزاء الديني

ولا يمكن أن تصدر الهيئة الحاكمة أمرا أو نهيا ، بل يجب أن تقرر ذلك بجزاء ديني توقعه على من يخالف الأمر أو النهي . وهذا الجزاء الديني يقوم الهيئة الحاكمة بتوقيفه مستندة في ذلك على القوة العامة التي بين يديها . ويترب على ذلك أن قواعد الأخلاق والمجاملات الاجتماعية والآداب العامة والأحكام الدينية كل هذه ليست قانونا قد تكون أوامر ونواهي يجب على الناس اتباعها ولكنها ليست مقترنة بجزاء ديني توقعه الهيئة على من يخالفها .

وهنا يقوم اعتراضان : (الاعتراض الأول) أنه يترب على ما تقدم أن القانون الدولي العام ليس قانونا ، إذ أن قواعده غير مقترنة بجزاء ديني يوقع على الهيئة متى تخرق حرمة هذا القانون . وإذا كانت الحياة الدولية

قواعد الأخلاق والدين

القانون الدولي العام

أخذه في التوثق بإنشاء عصبة الأمم ومحكمة العدل وغير ذلك من الهيئات
التي ، فإن الثقة دون وجوب احترام هذه القواعد التولية لا تزال
بيدة . لذلك لا يرى أوستن أن القانون التولي العام قانون بالمعنى الصحيح .
(والاعتراض الثاني) أن القانون الدستوري هو أيضا في منزلة القانون
التولي العام من حيث عدم وجود قوة تنفذه بالقهر . فالقانون الدستوري
قواعد تنظم السلطان ودوابطه بالأفراد ، والسلطان لا يخضع لقوة أعلى ،
فكل قانون ينظم السلطان ما هو المشيئة السلطان ، فلا تلزمه هذه
المشيئة إذا غيرها . وهب أنها ألزمت . فأن هي القوة التي تجبر السلطان
على الاذعان ؟ إذا وجدت هذه القوة فهي السلطان الحقيقي ما دامت تملو
على السلطان المزعوم . ونمود الى نفس التحليل فيما يتعلق بالسلطان الحقيقي .
أما إذا لم توجد فقد بطل اذن أن القانون الدستوري يمكن تنفيذه بالقهر .
ومن أجل هذا أنكر أوستن على القانون الدستوري أيضا أن يكون قانونا
بالمعنى الصحيح .

١٥ - تقرير مذهب أوستن

ليس هناك شك في وضوح نظرية أوستن وبساطتها ، فهي تركز على
مبدأ مادي في ترقى طبيعة القانون . وعندها ان القانون هو مشيئة السلطان
ينفذها بالقوة . فتي حصلت لرادة السلطان لتنظيم الروابط الاجتماعية ،
وفسرت الناس على الخضوع لهذه الارادة ، لذلك هو القانون . وعلى ذلك
يكون المصدر الرسمي الوحيد للقانون هو التشريع ، ولا يوجد مصدر آخر
الى جانبه . ويكون القانون مبني على القوة والقهر لا على الرضا والاختيار .
وليس هناك الا علامة مادية شكلية لا تجاوزها الى ما وراءها في تعرف
طبيعة القانون .

وضوح النظم
وبساطتها

نقط الضعف في
النظرية

هذه مسائل ثلاث هي نقط الضعف في نظرية أوستن : (أولاً) أفراد التشريع بأن يكون مصدراً رسمياً للقانون ، (ثانياً) اغفال عامل الأمة وإقيادها للقانون بمحض رغبته ، (ثالثاً) الوقوف عند معيار شكلي للقانون . ونحن نتناول هذه المسائل الثلاث :

المصادر الرسمية
الآخري للقانون

١٦ - (أوستن) انفراد التشريع بأنه يكون مصدراً رسمياً للقانونه لا يكون القانون قانوناً طبقاً لنظرية أوستن إلا إذا كان مصدره السلطان أو الدولة أو التشريع . فلتنظرية تنكر أن يكون القانون مصدر رسمي آخر . والواقع من الأمر أن القانون مصادر رسمية أخرى غير التشريع . فهناك العادات والعين والقضاء ، ونوع التقه وقواعد العدالة . فالقانون قد يكون مصدره الرسمي العادة ، وتلتزم المحاكم بتطبيقها كما تطبق التشريع ، وإذا طبقتها المحاكم فلأنها قانون واجب التطبيق . ولكن نظرية أوستن تقلب الوضع ، وترى أن القانون الذي يكون مصدره العادة إنما يكون قانوناً لأن المشرع أقره . فهو قانون لأن المحاكم تطبقه ، لأن المحاكم تطبقه لأنه قانون .

عامل الرضا
والاختيار

١٧ - (ثانياً) اغفال عامل الرضا واختيارها للقانونه بمحض رغبته : وقد عيبت نظرية أوستن عنابة خاصة بسامل القوة والتهرب في القانون . وسجلها ذلك على انكار صفة القانون الصحيح على القانون الولي السلم والقانون المستورى . فاضفلت بذلك عاملاً لا يقل في الأهمية عن عامل القوة والتهرب ، وهو عامل الرضا والاختيار . فالأفراد تخضع للقانون لا لأنها مجبرة على الخضوع له فحسب ، بل لأنها أيضاً ترتضيه قانوناً ينظم رواجها الاجتماعية . وإذا كانت القوة من وراء القانون ، فهذه القوة إنما هي قوة الأمة ، والسلطان ليس في حقيقة الأمر إلا الأمة نفسها مجتمعة . وإذا صدر قانون بإباء طبع الأمة

وتقاليدها وحالتها الاجتماعية ، ومع ذلك بأي المشرع لا ان يخضع له الناس بالقوة ، فقد يبقى قانونا وقتا قصيرا . ثم لا تلبث ارادة الأمة ان تغلب ارادة المشرع ، ويلتئ القانون أو يجبر . والالتجاء المتواصل الى استعمال القوة في تنفيذ القوانين انما يكون علامة ضعف لاعلامه قوة .

القانون القوي العام
والقانون الدستوري

ومن هنا نرى ان انكار صفة القانون القوي العام والقانون الدستوري فيه تجاوز . فالقواعد الدولية والقواعد الدستورية قواعد ارتضتها الدول والافراد لتنظيم روابطها الاجتماعية ، فهي قوانين حتى مع خلوها من عامل القهر . على ان القوانين الدستورية بنوع خاص لا تخلو من هذا العامل . وذلك ان القوانين المستادة تحوط بها قوة الامة بطريق غير مباشر متمثلة في الشرطة أو في الجند . أما القوانين الدستورية فتحوطها قوة الامة بطريق مباشر ، واذا أريد انتهاك حرمة قانون دستوري ، فان دون ذلك الامة ثور للمحافظة على دستورها .

(ثالثا) الموقف عند معيار شكلي للقانون :

ولكن العيب الجوهرى في نظرية أوستن هو انها تقف عند معيار شكلي لقانون ، فلا تجاوز الشكل الى الموضوع ، ولا تنفذ الى صميم القواعد القانونية لتعرف طبيعتها . فهي تقنع من القاعدة القانونية بانها تحمل طابع المشرع ، وتقف عند هذه السلامة الرسمية ، ولا تنفذ الى طبيعة القاعدة القانونية ترى كيف نشأت وكيف تطورت .

طابع المشرع هو
المبارك الشكل

واذا كانت هناك مزية لنظرية أوستن ، فذلك انها تسهل على رجل القانون تمييز القواعد القانونية من غيرها بسلامة مادية يقف عندها ، فما كان من هذه القواعد يحمل طابع المشرع ، فهو قانون . على ان هذه المزية ليست خالصة ، فان كثيرا من القواعد القانونية لا يحمل هذا الطابع ، وله مصدر آخر غير التشريع .

ومع معيار شكلي
نفس

المبحث الثاني

مدرسة الشرح على المتون

ECOLE DE L'EXEGESE

١٩ - أصل التسمية ووجه التسمية بمدرسة أوستن :

أصل التسمية
شرح النصوص
متنا متنا

وعند الفرنسيين مدرسة تتفق مع مدرسة أوستن الأنكليزية ، من حيث أن كلا منهما يجعل التشريع هو المصدر الرسمي الوحيد للقانون ، ويقف عنده فلا يتجاوز إلى سواء . وقد عرفت هذه المدرسة باسم مدرسة « الشرح على المتون » (Exegese) ، لأن فقهاءها يشرعون نصوص التشريع متنا متنا كما يفضل المفسرون في الكتب القديمة وهؤلاء الفقهاء يصدرن جميعا عن فكرة واحدة ، هي أن النصوص التشريعية قد حوت كل القواعد القانونية ، ولم تفرط فيها من شيء ، فليس أمام الفقيه إلا أن يستعرض هذه النصوص ، ويفسرها نصا نصا .

وجه التسمية
أوستن
القانون هو التشريع

ونرى من ذلك أن مدرسة « الشرح على المتون » هي أيضا مذهب شكلي ، كمدرسة أوستن ، تكتفي في التعرف على القانون بشكله دون موضوعه . فالقانون في نظر هذه المدرسة هو التشريع ، ولا يوجد شيء آخر غير التشريع يجوز اعتباره قانونا .

٢٠ - سميات مدرسة « الشرح على المتون » :

لمدرسة الشرح على المتون سميت :

(أولا) التفسير بالنصوص

التجديد بالنصوص

لا تعرف هذه المدرسة إلا نصوص التشريع مصدرا للقانون وقد قال بينيه (Bugnet) أحد فقهاءها . « أتى لا أعرف القانون للدني ، وإنما أدرس قانون نابليون ^(١) . » وقال ديمولومب (Demolombe) أمير

(١) Je ne connais pas le droit civil; je n'enseigne que le code Napoléon. (١)

قهاء هذه المدرسة : « أن شمارى والقبلة التي تؤمن بها هي أيضا :
النصوص قبل كل شيء » (١) .

(ثانيا) العبرة بنية المشرع الحقيقية أو المفروضة :

وإذا كانت نصوص التشريع تشمل على كل القواعد القانونية ، فإن
تفسير هذه النصوص يجب أن يتوخى فيه نية المشرع ، لا اللفظ الذي
استعمله في التعبير عن هذه النية والعبرة بنية المشرع الحقيقية وقت وضع
التشريع ، لا بنيته المحتملة وقت تطبيق التشريع . وإذا تطورت الظروف
الاجتماعية بحيث أصبحت نية المشرع الحقيقية لا تتماشى مع هذه الظروف ،
فلا يجوز للقاضي أن يصد الى نية أخرى محتملة ، ينسبها للمشرع لو أنه
وضع التشريع في الوقت الذي يطلق فيه ، بل يجب عليه أن يظل أميناً
على النية الحقيقية للمشرع وقت وضع التشريع . ذلك أن التقيد بنية
المشرع الحقيقية في نظر مدرسة « الشرح على المتن » بمصم من الوقوع
في التحكم ، اذ من السبيل الاتفاق على النية المحتملة للمشرع ، وسرطان
ما يختلف النص في تحديد ما كل بحسب منطقته وهواه . ثم أن التقيد بنية
للمشرع الحقيقية أكثر اماناً في احترام التشريع ، أما تجاوز النية الحقيقية
الى نية محتملة فإن من شأنه أن يحمل من القاضي مشرعا .

نية المشرع لا الله

النية الحقيقية
لا المحتملة

على أن « النية الحقيقية » للمشرع قد لا تكون واضحة وضوحاً
كافياً . ففي هذه الحالة تلجأ مدرسة « الشرح على المتن » الى « النية
المفروضة » تستخلصها من روح التشريع ومن تقاليد القانون . مثل ذلك
ما نص عليه المشرع الفرنسي من عدم جواز التصرف في العقار الذي
تقلمه الزوجة مهر الزوجها في نظام المهرضة (Régime dotal) . ولم يعرض

النية المفروضة

المشروع المنقول . فهل يجوز التصرف في المنقول خلافا للمعار ؟ لو قلنا بالنية المفروضة للشرع وقت وضع التشريع ، لوجب القول بجواز التصرف في المنقول ، إذ انص على المعار دون المنقول من حيث عدم جواز التصرف ، يجعل الحكم مختلفا ، والمبرد لهذا الاختلاف في الحكم أن المنقول لم يكن بنى شأن وقت وضع تقنين نابليون ، وأن المعار كان هو عماد الثروة في ذلك الوقت ، فمن المنقول أن يحصى للشرع المعار دون المنقول . أما إذا قلنا بالنية المحتملة للشرع وقت تطبيق التشريع ، لوجب القول ، مع القضاء الفرنسي ، بأن المنقول أصبح لا يقل الآن في الشأن من المعار ، فيجب له نفس الحماية ، ولا يجوز التصرف فيه كما لا يجوز التصرف في المعار . وتأخذ مدرسة الشرح على المنون بالقول الأول .

فنية المشروع ، الحقيقية أو المفروضة ، هي التي تتلها مدرسة « الشرح على المنون » وتجري على مقتضاها ، حتى يكون التشريع وحده ، لا اجتهد الفقهاء ، هو مصدر القانون .

٢١ - فقهاء مدرسة « الشرح على المنون »

تذكر خمسة من أشهرهم :

- (١) و (٢) أوبري ورو (Aubry et Rau) قسيمان من جامعة أوبري ورو
- استراسبورج ، وضعا كتابا في شرح القانون المدني في ثمانية أجزاء (في طبعته الرابعة ، وله طبعة خامسة اشترك فيها بارتان (Bartin) من اثني عشر جزءا وقد استغرق وضع الكتاب في طبعته الاولى نحو عشر سنوات (من سنة ١٨٣٤ الى سنة ١٨٤٤ ، وقد قلم على أنه ترجمة لكتاب قتيه ألماني اسمه زكريا Zachariae ومثل هذه اللغة في طبعته الرابعة) من سنة ١٨٦٩ الى سنة ١٨٧٨) . والكتاب لا يزال حتى الآن من أمهات

كتب الفقه الفرنسى ، اشتهر بالهفة والابحار .

ديمولومب

(٣) ديمولومب (Demolombe) ، ويسمى بأمر قضاة مدرسة الشرح على للتون ، كان عميدا لجمعية الحقوق بكان (Caen) . ووضع كتابا فى شرح القانون المدنى فى واحد وثلاثين جزءا ، استغرق وضعه واحدا وثلاثين عاما (من سنة ١٨٤٥ الى سنة ١٨٧٦) ولم يكمل الشرح . وعرف كتابه بالافاضة والاسهاب .

لوران

(٤) لوران (Laurent) وهو قاض بلجيكي ، يمثل للمدرسة تمثيلا صادقا ، اذ عرف بشدة التحسك بنصوص القانون . وقد شرح القانون المدنى فى مؤلف من ثلاثة وثلاثين جزءا (من سنة ١٨٦٩ الى سنة ١٨٨٧) .
(٥) بودرى لا كانترى (Baudry lacantinerie) ، وهو من أحدث الفقهاء الذين يمثلون المدرسة . وضع شرحا مطولا للقانون المدنى ، بالاشتراك مع قضاة آخرين ، من تسع وعشرين جزءا (من سنة ١٨٨٥ الى سنة ١٩٠١) . ولا يزال كتابه حتى الآن أهم مرجع لنقطة مدرسة « الشرح على للتون » .

بودرى لا كانترى

٢٢ — تحرير « مدرسة الشرح على للتون »

هيوبعدسة أوست

هذه المدرسة كباقيها ، مدرسة أوستن ، تلحق بها العيوب الثلاثة التى أسلفناها : (١) تجعل التشريع هو المصدر الرسمى الوحيد للقانون (٢) وتتفل عامل لارادة الأمة ، وما تخوره هذه الارادة (فى شكل المادات والتقاليد) من ارادة المشرع (٣) وتقف عند معيار شكلى لقانون ، فلا تحلل طبيعة القانون وعناصره الأولى .

ميب آخر هو الجود

وهى الى جانب هذه العيوب ، تجعل القانون جامدا لا يتطور ، ما دامت تنقيد لارادة المشرع وقت وضع التشريع .

الفصل الثاني

المذاهب الاجتماعية

٢٣ - فاصيئرا

القانون حقيقة
اجتماعية

هذه مذاهب لا تنظر الى القانون نظرة سطحية ، ولا تكتفى في التعرف عليه بعلامة شكلية . بل هي تنفذ الى الصميم ، وتحلل القانون الى عناصره الأولى ، وترده الى أصله في دثارته الاجتماعية . وهي بين مذاهب فلسفية ميتافيزيكية ، ومذاهب علمية واقعية ، ومذاهب مختلطة تمت الى التزمتين .

بيان
الاجتماعية

ونذكر من هذه للمذاهب مذهب القانون الطبيعي ، ومذهب التطور التاريخي ، ومذهب القانون الطبيعي ذي الحدود للتفوية ، ومذهب الغاية الاجتماعية ، ومذهب التضامن الاجتماعي ، ومذهب العلم والمصاغة .

المبحث الاول

مذهب القانون الطبيعي

٢٤ - فكرة القانون الطبيعي

قانون حكماني في
طبيته
الروابط الاجتماعية
يكتشفه العقل
لا يوجد

يرى مذهب القانون الطبيعي أن هناك قانونا كامنا في طبيعة الروابط الاجتماعية ، وهو قانون ثابت لا يتغير لا في الزمان ولا في المكان . يكشفه العقل البشري لا يوجد هذا هو القانون الطبيعي ، قانون أبدي سرمدي ، ككل القوانين التي تهيم على الظواهر الطبيعية . فكما أن العالم الطبيعي من فلك وأرض وهواء وماء ، وما تحويه كل هذه الأشياء ، خاضع لقوانين

طبيعية لا تتغير ولا تقبل ، كذلك العالم الاجتماعي يخضع لقوانين طبيعية توجهه الى حيث هو منساق اليه . وما على العقل البشرى الا أن يتسمن في الروابط الاجتماعية ، فيستخلص منها هذا القانون الطبيعي . وكلما قرب القانون الوضعي من القانون الطبيعي كان أقرب الى الكمال .

ولمذهب القانون الطبيعي تاريخ طويل ، ومراحل عديدة تدرج فيها ، نلم بها موجزين .

مراحل تطور
القانون الطبيعي

٢٥ - مذهب القانون الطبيعي عند البروتان

عرف فلاسفة اليونان القانون الطبيعي . فقد راعهم أن رأوا أن الإنسان كيفية المخلوقات يخضع لقوانين طبيعية من نشأة ونمو وتطور وفناء ، وأن هناك قوانين ثابتة لا تتغير ، منحصر لها البشرية جميعها في كل زمان ومكان ، الى جانب الحوادث الطارئة التي تخص كل انسان . فسما هذه القوانين الثابتة بالقانون الطبيعي . ويميز أرسطو بين القانون المسم ، وهو هذا القانون الطبيعي ، والقانون الخاص ، وهو من وضع البشر ، تتخذ كل أمة منه ما تهتدي اليه .

تميز أرسطو بين
القانون الطبيعي
والقانون الوضعي

وقال الرواقيون بالقانون الطبيعي . فندم أن أصل الوجود هو الله في هيئة النار . ثم تحركت النار وحولت جزءا منها الى هواء . وتحرك الهواء وحول جزءا منه الى ماء ، وتحرك الماء وحول جزءا منه الى أرض . ويسير المسم في هذه الصورة شوطا مقفرا ، وفقا لسن محنة . ثم تقى الأرض في الماء ، والماء في الهواء ، والهواء في النار ، ويسود المسم كتلة نارية كما كانت . ثم يفصل من النار هواء ، ومن الهواء ماء ، ومن الماء أرض ، سيرة أخرى ، ويسير المسم هنا الشوط للقفز . وهكذا دواليك . فيتعاقب على المسم حالان ، البناء والمدم الى ما لا نهاية . ويحدث ذلك

فلسفة الرواقين

على أساس لا يتغير ، وقانون طبيعي ثابت .

٢٦ — مذهب القانون الطبيعي عند الرومان

وقد ميز قضاة الرومان بين القانون المدني (Jus civile) وقانون الشعوب (Jus gentium) ، والقانون الطبيعي (Jus naturale) فالأول هو القانون الروماني العتيق الذي كان يطبق على الرومانيين دون سواهم . أما قانون الشعوب فهو ذلك القانون المشترك بين جميع الشعوب ، وكانت الرومان تستمد من مبادئه القانون الذي كان يطبق على الأجانب ، وهذا هو القانون الطبيعي بالمعنى المقصود . أما القانون الطبيعي في لغة الرومان فقد كان القانون الذي تخضع له كل الكائنات الحية من إنسان وحيوان ، فهناك نوع من التدرج : القانون الطبيعي تخضع له كل الكائنات الحية ، وقانون الشعوب يخضع له كل بني الإنسان من بين الكائنات الحية ، والقانون المدني يخضع له كل الرومانيين من بني الإنسان .

وقد نقل الرومان مذهبهم في القانون الطبيعي عن الفلسفة اليونانية .

وحل « قانون الشعوب » عند الرومان محل القانون الطبيعي عند اليونان بل هو قد صار قانونا عليا ، لا مجرد فلسفة ، يطبقه الرومان في علاقاتهم مع الأجانب ، ويستخلصونه من القوانين الطبيعية التي يستلهمونها من عقولهم ، ويعتبرون أن الإنسانية تخضع لها اذ هي قوانين تطبقها كل الشعوب . وقد أثر « قانون الشعوب » هنا في « القانون المدني » فوسع فيه وعذبه ، وصار من أهم المصادر في دق القانون الروماني ، اذ كان مبنيًا على العقل في أساسه ، بينما كان « القانون المدني » مبنيًا على المساحات القديمة والأشكال والأوضاع .

ونرى مما تقدم أن القانون الطبيعي كان فلسفة عند اليونان ، قصار

طور القانون الطبيعي

من حلة الى قانون
الى دين الى سياسة

قانونا عند الرومان ، وسنراه يتقلب دينا في المصور الوسطى ، ثم سياسة
في المصور الحديثة .

القانون الالهى

٢٧ — مذهب للقانون الطبيعى في المصور الوسطى في أوروبا
وورثت المسيحية في المصور الوسطى القانون الطبيعى ، فجعلته
القانون الالهى ، وهو قانون أبدي سرمدي ، ثابت لا يتغير ، فصل اليه
من طريق الوحي لا من طريق العقل .

من الحاكم بالحسن
والقبح ؟

٢٨ — مذهب القانون الطبيعى « عند المعتزلة » من المسلمين
وبما هو جدير بالذكر أن الاسلام عرف كالمسيحية القانون الطبيعى .
وزاد عليها انه يميز بين القانون الطبيعى والدين . وجعل العقل لا الوحي
هو الكاشف لهذا القانون . وهذا هو مذهب المعتزلة المعروف . فنقدم
أن الحسن والقبح (أى المأمور به والمهي عنه أى القانون) يتركها
العقل ، والشرع جاء كاشفاً عما أدركه العقل قبل وروده . فالمعتزلة تقول
اذن بقانون طبيعى مصدره العقل لا الدين . وقد ورد في ارشاد الفحول
لشوكانى ص ٧ ما يأتى : « اعلم انه لاخلاف في كون الحاكم الشرع بمد
البعثة وبلوغ الدعوة . وأما قبل ذلك ، فقالت الأشعرية لا يتعلق له
مبطله حكم بأصل المكلفين ، فلا يحرم كفر ولا يجب ايمان . وقالت
المعتزلة انه يتعلق له تعالى حكم بما أدرك العقل فيه حمة حسن أو قبح
لقاته أو لصفته أو لوجوه واعتبارات ، على اختلاف بينهم في ذلك .
قالوا والشرع كاشف عما أدركه العقل قبل وروده وحل النزاع بينهم
(الأشعرية والمعتزلة) . . . هو كون الفعل متعلق المدح والثواب والنم
والعقاب آجلاً أو عاجلاً عند الأشعرية ومن واقعهم ان ذلك لا يثبت الا
بالشرع ، وعند المعتزلة ومن واقعهم ان ذلك ليس الا لكون العقل واقعاً

عهد الفطرة
العقد الاجتماعي

حيث يختلفون :
طرفا العقد
أثر العقد

خلف نظرية العقد
الاجتماعي

تعيش قلا في عهد الفطرة قبل أن ينتظروا في الحرية البشرية (ثانيا) لما كان من المتعذر البقاء في هذه الحالة فإن الناس أبرموا عقدا اجتماعيا (Contrat social) بمقتضاه انتقلوا من عهد الفطرة الى عهد النظام . ولكن الفلاسفة الثلاثة اختلفوا عند ما أراد كل منهم تحديد طرفي العقد الاجتماعي وأثر هذا العقد ، وفقا لقانون الطبيعة الذي تصوره . فرأى هيز أن العقد قديم بين أفراد الناس جميعا ، ولم يكن السلطان طرفا فيه ، على أن تتنازل الناس عن حرياتهم الطبيعية للسلطان ليقيم النظام بينهم والسلطان السيطرة المطلقة على الناس ، وله أن يستبد بالأمر فيهم ، فإن الاستبداد خير من الرجوع الى حالة الفوضى . وكان هيز في نظريته هذه نصيرا للحكومة الاستبدادية التي كانت قائمة في إنجلترا في عهده : ورأى لوك ، وكان من أنصار الملكية المقيدة وانبرى يدافع عن الثورة الانجليزية التي شبت في سنة ١٦٨٨ ، أن العقد الاجتماعي قد أبرم بين الشعب والسلطان ، على أن يتنازل أفراد الشعب عن جزء من حرياتهم الطبيعية ليتشعروا بالجزء الباقي ، فإذا أخل السلطان بتعهد من تمكين الناس من التمتع بالجزء الممكن من حرياتهم الطبيعية ، جاز للشعب أن يسخر العقد الذي أبرمه مع السلطان . وإن ينتقص عليه ، وتكون الثورة في هذه الحالة مشروعة . ورأى روسو ، وهو من أنصار سلطان الشعب ، أن العقد الاجتماعي إنما أبرم ما بين أفراد الشعب جميعا على أن يتنازلوا عن حرياتهم الطبيعية للشعب نفسه ، إذ لا يوجد سلطان غير الشعب ، ويستفيضوا عن هذه الحريات الطبيعية بحريات مدنية ، يكلون أمر الاشراف عليها الى وكيل يقبضونه ، لهم حق عزله اذا أخل بواجبات الوكالة . وليس الضعف في هذه النظريات جميعها راجعا الى أنها افترضت وجود عقد اجتماعي لم يثبت التاريخ وجوده ، فإن الفلاسفة الثلاثة لم يقولوا بالعقد الاجتماعي كحقيقة تاريخية ، بل قالوا به كتفسير مقول يكيفون به

الروابط الاجتماعية . وإنما الضعف الحقيقي يرجع الى القول بأن الناس عاشوا قبلا في عهد الفطرة فلم ينظمهم جمية بشرية ، والواقع من الأمر ان الجمعية البشرية وجدت منذ وجد الانسان ، ولم يمش الانسان ولا يستطيع ان يعيش الا في المجتمع .

٣٠ — مذهب القانون الطبيعي في عهد الثورة الفرنسية

وقانون نابليون

الثورة الفرنسية
اعلان حقوق الانسان

وقد تأثرت الثورة الفرنسية الى حد كبير بمذهب القانون الطبيعي ، وكانت في تأثيرها خاضعة لنظريات روسو في الحرية والمساواة . واحتذت كذلك مثل الثورة الامريكية حيث أعلنت حكومات امريكا بعد استقلالها مبادئ مشتقة من مذهب القانون الطبيعي . وأعلنت الثورة الفرنسية « حقوق الانسان » (Déclaration des Droits de l'Homme) وهي حقوق تستند كلها الى مبادئ القانون الطبيعي ، ، وقد نصت المادة الأولى منها على ما يأتي : تولد الناس وتبقى أحرارا متساوين أمام القانون^(١) ونصت المادة الثانية على ما يأتي : « الغاية من كل مجتمع سياسي هي المحافظة على حقوق الانسان الطبيعية ، التي لا تقبل السقوط بالتقادم . وهذه الحقوق هي الحرية والملكية والامن ومقاومة التعسف^(٢) .

قانون نابليون
المعروف الأول

وقد كاد واضعوا قانون نابليون أن يسجلوا في هذا القانون ما قرره

(١) Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droit.

(٢) Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la propriété, la sécurité et la résistance à l'oppression.

الثورة الفرنسية في « اعلان حقوق الانسان » من وجود قانون طبيعي عام ثابت لا يتغير . وجاء المشروع الأول لقانون نابليون تنص المادة الأولى منه على ما يأتي : « يوجد قانون عام لا يتغير ، هو مصدر كل القوانين الوضعية ، وهذا القانون ليس الا العقل من حيث انه يحكم كل البشر »^(١) . ولكن هذا النص حذف من المشروعات التالية ، اذ اعتبر بمثابة اعتناق لمذهب فلسفي ، لا يتلاءم مع طبيعة النصوص التشريعية .

المبحث الثاني

مذهب التطور التاريخي

٣١ — كيف ظهر مذهب التطور التاريخي :

كان من شأن فلسفة الثورة الفرنسية أن تدعم مذهب القانون الطبيعي . وكانت حركة التقنين في فرنسا التي تمت في عهد نابليون متفقة مع هذا المذهب . ما دام هناك قانون طبيعي ثابت لا يتغير ، فان تقنين القانون الوضعي لا يتناقض احد مع طبيعة القانون ، اذ يمكن للعقل الشرعي أن يكشف القانون الطبيعي ، وأن يجله في كتاب ، ولا خوف على القانون من أن يصيبه الجود ، فانه ثابت أبدي .

ومما يكن من أمر ، فان الفرنسيين أنعموا حقين قوانينهم في السنين الأولى من القرن التاسع عشر ، واطمأنوا الى أنهم قد خطوا خطوة كبيرة في سبيل استقرار القوانين . وقد انتقلت عدوى التقنين الى بعض الأمم

اتفاق التقنين مع
فكرة القانون
الطبيعي

ظهور مذهب التطور
التاريخي ووثوقه
عند التقنين

(١) Il existe un droit universel et immuable, source de toutes les lois positives, il n'est que la raison naturelle, en tant qu'elle gouverne les hommes.

الأخرى كالتحسنا . وقام تيبو Thibaut في ألمانيا بنادى بتقنين القانون الألماني . فتصدى له سافى Savigny المقبىه الألماني المعروف وزعيم المدرسة التاريخية ، وقال بضرر التقنين في رسالة مشهورة ، نشرت في سنة ١٨١٤ ، وكان لها دوى كبير في عالم القانون ، فقد أرخت مذهباً جديداً هو مذهب التطور التاريخي .

مذهب التطور
التاريخي رد فعل
لمذهب القانون
الطبيعي

ولقد كانت فكرة التطور مبهمة الى القرن الثامن عشر ، لذلك كان على فلاسفة القانون أن يختاروا في النظر الى القانون بين أن يروه مشيئة تحكمية صادرة من هيئة عليا أو قانوناً طبيعياً ثابتاً لا يتغير . فخلبت فكرة القانون الطبيعي ، و بقيت متغللة حتى آخر القرن الثامن عشر . ثم ظهرت فكرة التطور التاريخي ، قال بها بعض الفلاسفة في القرن الثامن عشر ، ومنهم مونتسكيو Montesquieu صاحب كتاب «روح الشرائع» ، ولكن الفكرة لم تصبح مذهباً الا على يد هيجو (١٧٦٨ - ١٨٤٤) وسافى (١٧٧٩ - ١٨٦١) في أول القرن التاسع عشر . فأصبح فلاسفة القانون وعندهم مذهب ثالث في تحليل طبيعة القانون .

فذهب التطور التاريخي كان في الواقع من الأسر رد فعل لمذهب القانون الطبيعي ، بعد أن ساد هذا للمذهب مدة طويلة وتدعم بالثورة الفرنسية .

٣٢ - المبادئ التي قام عليها مذهب التطور التاريخي :

القانون متغير في
الزمان والمكان

يقوم مذهب التطور التاريخي على مبدئين :

(أولاً) لا يوجد قانون طبيعي عام ثابت لا يتغير . بل القانون متغير ، يتطور وفقاً لحاجات كل أمة وظروفها . فالقانون كالفنة ، يشأ في البيئة الاجتماعية ، وينمو نمواً ذاتياً ، ويتطور متأثراً بعوامل البيئة الاجتماعية والجنسية والدينية والاجتماعية والاقتصادية والسياسية . فيولد القانون وينمو ويتعرض كظهور من المظاهر الاجتماعية المتنوعة .

ويتبين مما تقدم أن مذهب التطور التاريخي ، خلافا لمذهب القانون الطبيعي ، يرى أن القانون ليس علما وليس ثابتا . فلكل أمة قانونها الخاص بها ، هو المتفق مع حاجاتها . وقانون كل أمة لا يبقى على حالة واحدة ، بل هو يتطور مع تطور البيئة الاجتماعية . فالقانون إذن متغير في المكان وفي الزمان .

(ثانيا) ما دام القانون هو خلق البيئة وثمرتها ، فإن نموه يكون على نحو غير محسوس ، فهو ينبثق من ضمير الأمة ومن شعور المجتمع . لذلك لا يكون للقانون غاية يحققها ، وليست هناك أرادة عاقلة تسيره وتكفه ، فهو يتطور لا يطور .

القانون يتطور لا يطور على نحو غير محسوس ومن دون غاية

٣٣ - مهاجمة مبادئ مذهب التطور التاريخي :

وسنرى فيما يلي أن مذهب التطور التاريخي قد هوجم بدوره وأن مذهب القانون الطبيعي ، بعد أن انتكس في أوائل القرن التاسع عشر تحت تأثير هجمات المدرسة التاريخية ، عاد الى الانتعاش وكر على هذه المدرسة ، وهاجم من مبادئها ما يقرر أن القانون متغير في المكان وفي الزمان ، وأنه لا توجد وحدة تجمع ما بين قوانين الأمم المختلفة . واتخذ المذهب السائد لدينا ، فأصبح يدعى بمذهب القانون الطبيعي ذي الحدود المتغيرة .

مهاجمة المبدأ الأول :
مذهب القانون الطبيعي ذي الحدود المتغيرة

ثم ظهر مذهب آخر ، هو مذهب النضاية الاجتماعية ، يجعل تطور القانون خاضعا لأرادة مؤثرة ، ومتمشيا مع غاية اجتماعية مرسومة . وبذلك يكون مذهب التطور التاريخي قد هوجم في ناحيته .

مهاجمة المبدأ الثاني :
مذهب النضاية الاجتماعية

المبحث الثالث

مذهب القانون الطبيعي ذى الحدود المتغيرة

٣٤ - للقانون عنصر ثابت وأمر متغير :

هيبة الخدمة

التاريخية هي كل
وحدة ما بين القوانين

رأينا أن مذهب القانون الطبيعي قد انعكس في أوائل القرن التاسع عشر ، واهترخت حملات للدرسة التاريخية . ولكنه ما لبث أن انتعش بعد ذلك ، وهاجم بدوره للدرسة التاريخية في ناحيتها الضعيفة . فإن عيب للدرسة التاريخية الطاهر أنها جعلت لكل أمة قانونا خاصا بها ، وهو قانون متغير . ولم تحاول أن تربط ما بين قوانين الأمم للتأثير ، وأن تجعلها منسجمة في ضرب من الوحدة ينتظها جميعا . لذلك وجه أنصار مذهب القانون الطبيعي في القرن التاسع عشر جهودهم الى هذه الناحية .

القانون ثابت في
أسسه متغير في
تفصيله

وقد ابتدأوا بالاعتراف بما في مذهب للدرسة التاريخية من حق ، وسلموا بأن لكل أمة قانونا يتلاءم مع حاجاتها الخاصة ، وهو وليد التطور الاجتماعي وخلق البيئة . ولكنهم يرجعون بعد ذلك الى مناهجهم في القانون الطبيعي ، فيقررون أن هذه القوانين المتغيرة تتجمع كلها حول مبادئ أساسية ثابتة ، وهذه المبادئ الأساسية هي القانون الطبيعي الذي لا يتغير في المكان ولا في الزمان . فالقانون الطبيعي إذا ثابتا لا يتغير ، فأنما يكون ذلك في مبادئه الأساسية التي تسود مشتملاته التفصيلية ، وهذه المشتملات التفصيلية تتغير من أمة الى أمة ومن جيل الى جيل ، وتتطور متأثرة بالعوامل الاجتماعية المختلفة . فهناك إذن قانون طبيعي ثابت في

أساسه ، متغير في تفصيلاته ، وهو القانون الطبيعي ذي الحدود المتغيرة
(Droit naturel à contenu variable) كادعاء ستاملر (Stammler)
المتبني الألمانى المعروف .

أنصار القانون
الطبيعى ذي الحدود
المتغيرة في الوقت
الحاضر

ومذ كسب مذهب القانون الطبيعى هذه المرونة من مذهب المدرسة
التاريخية ، واعترف بتطور القانون ، وفقا لطروف المكان والزمان ،
تطورا ينير من تفصيلاته دون أن يمس الأساس ، كثر أنصاره وطادت
فلاسفة القانون في الوقت الحاضر الى الدفاع عنه . ومن الفقهاء الذين دافعوا
عنه في فرنسا بيدان (Bédant) وشارمون (Charmont) ، وفي ألمانيا
هيجل (Hegel) وستاملر (Stammler) . ويستبر هيجل زعيم مدرسة
القانون الطبيعى ذي الحدود المتغيرة .

البادى الأساسية ٣٥ — تطبيقات القانون الطبيعى ذي الحدود المتغيرة :

ونورد مثلا على كيفية تطبيق القانون الطبيعى ذي الحدود المتغيرة :
يمكن القول بأن الفرد ، حتى يعيش في المجتمع ، يجب أن يتمتع بحقوق
جوهرية ، هي الحق في الحياة وفي السلامة ، والحق في الحرية ، والحق في
الأسرة ، والحق في الملكية ، والحق في احترام ثقافته ، والحق في التمييز
عن الضرر الذى يصيبه ، والحق في عدم إزاء الغير على حسابه .

تطبيقاتها التفصيلية

الحق في الحياة

هذه هي لبادى الجوهرية التى لا تتغير لا في المكان ولا في
الزمان . فلما ما أردنا تطبيقها وجدنا أن الحق في الحياة لم يعترف به في
القديم لطوائف من الناس منهم الرقيق والمدين وأسير الحرب ويسكر اليوم
على القاتل ، ولا ندرى هل يبقى هذا الحق منكرا حتى على القاتل ، فان
من الفلاسفة من يرى إلغاء عقوبة الاعدام . وكذلك الحق في الحرية

بأنواعها من حرية الرأي وحرية الدين وحرية الاجتماع ، يتخذ صوراً
وأشكالاً تختلف باختلاف الأمم واختلاف العصور ، فالبلشفية مذهب
لا بد من اعتناقه في روسيا ويجوز اعتناقه في فرنسا ، ويحرم اعتناقه في
مصر . وكذلك موقف الأمم نحو الدين يختلف اختلافاً كبيراً ، فمنها من
تتخذ ديناً رسمياً ولا تبيح غيره ، ومنها من تتخذ ديناً رسمياً وتبيح اعتناق
غيره ، ومنها من لا تتخذ ديناً رسمياً وتبيح اعتناق كل الأديان . والأسرة
قد تطورت ، فبعد أن كانت أمية صارت أبوية ، ويختلف موقف الأمم
تجاه بعض مسائل تتعلق بالأسرة ، كتمدد الزوجات والطلاق اختلافاً
كبيراً ، والملكية كانت مشتركة ، ثم صارت فردية في بعض النقولات ،
ثم في البعض الآخر ، ثم شملت العقار . ونطاق الملكية والقيود التي
تحميها ، وأنواعها من ملكية مفرزة أو شائعة ومن ملكية مادية أو معنوية ،
كل هذا يختلف اختلافاً كبيراً من أمة إلى أمة ومن جيل إلى جيل . وكل
مثل ذلك في العقد والعمل الضار والائراء على حساب الغير . فهناك إذن
مبادئ أساسية تبقى واحدة لا تتغير ، ولكن تطبيق هذه المبادئ تطبيقاً
تفصيلياً يختلف باختلاف الأمة والعصر .

٣٦ - تقرير مذهب القانون الطبيعي بنوعه

عيب مذهب القانون الطبيعي هو أنه لا يسطر قانوناً طبيعياً يجمع
بين أن يكون صحيحاً وعملياً . فالقانون الطبيعي الثابت قانون على غير
صحيح ، والقانون الطبيعي ذي الحدود المتغيرة قانون صحيح غير عملي . وذلك
أن القانون الطبيعي الثابت ينزل إلى تفاصيل الحياة وينحدر إلى تفريعاتها ،
فهو عملي من هذه الوجهة ، ولكنه غير صحيح ، لأن القانون الذي ينزل إلى
كل هذه التفصيلات يتغير بتغير الأمة والجيل ، فليس صحيحاً أن يقال

القانون الطبيعي
الثابت : عملي غير
صحيح

القانون الطبيعي
الحدود المتغيرة
صحيح غير عملي

بأنه قانون ثابت . والقانون الطبيعي ذى الحدود المتغيرة ، إذا كان صحيحا لأن مبادئه الأساسية لا تتغير ، فهو غير عملي ، لأن هذه المبادئ الأساسية لا تصلح للتطبيق العملي المباشر على تفصيلات الحياة ، أما ما يصلح منه للتطبيق العملي فتفصيلاته المتغيرة .

ومن ذلك نلص ضعف القانون الطبيعي فهو ان كان صحيحا يكون غير عملي ، وإذا كان عمليا يكون غير صحيح .

المبحث الرابع

منهج الغاية الاجتماعية

٣٧ — الغاية والكفاح في القانون

الغاية

يستبراهنج (Ihering) (١٨١٨ - ١٨٩٢) الفقيه الألماني المعروف زعيم مذهب الغاية الاجتماعية . فسله أن القانون لا يتطور تطورا أعمى الى غير غاية ، بل ان نشوء وتطوره انما يكون طبقا لغاية مرسومة ، وان عامل الارادة البشرية في تطوير القانون عامل لا يجوز اغفاله ، بل إن عامل الارادة هنا قد يشتد حتى يصبح ارادة عنيفة ، بل كفاحا مستمرا ، يوجه القانون الى الغاية التي تتوخى . ومن تلك ترى أن اهرنج قد بنى القانون على أساسين : (١) الغاية (But) (٢) والكفاح (Lotte) .

٣٨ — قانون السبب وقانونه الغاية :

الظواهر الطبيعية
قانون السبب
الظواهر الاجتماعية
قانون الغاية

ويقرر اهرنج حقيقة لا شك فيها هي أن الظواهر الطبيعية تخضع لقانون السبب ، أما الظواهر الاجتماعية والأدبية فانها تخضع لقانون الغاية فليعلم يهبط من أعلى الى أسفل بسبب الجاذبية ، والاسان يتصرف

نصرفا معينا للوصول إلى غاية معينة . والاسفنج إذا شرب الماء فأما يخضع بذلك القانون السبب ، أما الانسان اذا شرب الماء فأما يخضع لقانون الغاية والفرق بين السبب والغاية يتلخص فيما يأتي : (١) السبب سابق على السبب ، أما الغاية فلاخفة للوسيلة . (٢) السبب أعمى ، والغاية مبصرة . (٣) السبب محتم ، والغاية غير محتمة .

عمل الانسان لا يهد له من غاية

٣٩ - القانون وسبب الغاية :

ولما كان القانون ظاهرة إجتماعية ، وكانت كل ظاهرة اجتماعية تخضع لقانون الغاية ، فالقانون ليس اذن الا وسيلة لتحقيق غاية . والانسان لا يصرف في عمله الا من غاية يريد تحقيقها ، حتى المجنون ، له غاية يرسمها لنفسه ، وان كانت غاية مضطربة ، فوجود الغاية لا ينقصه ، وان نقصه استقامة هذه الغاية .

حب القات وحفظ القات ، القات والالم

والغاية من القانون هي حفظ المجتمع . ولما كانت الطبيعة تتكفل بالتوفيق بين حفظ القات وحب القات من طريق اللمذة الألم ، بأن تجعل كل عمل يحفظ القات مقرونا بالألم الذي يدفع اليها حب القات ، وكل عمل يهدد القات مقرونا بالألم الذي يبعد عنه حب القات ، كذلك القانون يتكفل بالتوفيق بين حب القات وحفظ المجتمع من طريق الثواب والعقاب ، فيجعل لكل عمل يحفظ المجتمع ثوابا يدفع اليه حب القات ، ويجعل لكل عمل يهدد المجتمع عقابا يجنبه حب القات . فالقانون ، وهو الذي ينظم الروابط الاجتماعية ، ليس الا وسيلة لتحقيق غاية المجموع من وراء تحقيق الغايات الشخصية للأفراد ، بعد التوفيق بين هذه الغايات الشخصية وغاية المجموع ، من طريق الثواب والعقاب .

حب القات وحفظ المجتمع : الثواب والعقاب

القانون وسيلة لنفاذ
مبصرة

فالقانون إذن وسيلة لنفاذ مبصرة يراد تحقيقها . والانسان في ذلك يسير على هدى غايته سيرا ايجابيا ، ولا يقتصر على أن يقف موقفا سلبيا ، يشاهد القانون وهو يتطور من تلقاء نفسه . بل هو يؤثر في القانون بفعله ؛ وكيف تطوره . بل هو يقوم بأكثر من عمل ايجابي ، يقوم بكفاح عنيف ، حتى ينير من اتجاه القانون اذا حاد عن الطريق الموصل لل غاية . وقد يقتضي هذا من علائقنا بالنفاذ في العنف وليكن تلمس القانون ومسايرته لحاجات المدينة المتطورة لا يشتري الا بهذا الثمن .

الكفاح في القانون

٤٠ - صرية مذهب النفاذ :

الموقف الايجابي

من مزايا النفاذ الاجتماعية انه يجانب ما وقع فيه مذهب التطور التاريخي من المبالغة في تصوير القانون تطورا يقع من تلقاء نفسه ، وينزع من « ضمير الأمة » وهو تطور أعمى لا فائدة ولا غاية . ففكرية أهرنج تجعل لقانون غاية يحتملها هي حفظ المجموع ، فاذا كانت هناك قاعدة قانونية أصبحت غير صالحة لتحقيق هذه الغاية وحسب أن تنفي ، ولو اقتضى تغييرها كفاحا ونضالا . فالفكرية إذن تستفز العزيمة وتبث على العمل . وتنفض غبار الانكسار التي يترام في مذهب التطور التاريخي ، وهو المذهب الذي يدع الانسان يكتف بديه مكتفيا بأن ينظر القانون يتطور .

الكفاح

والواقع من الأمر أن القانون من عمل الانسان ، يريد ويكافح في سبيل تحقيق ما يريد . وما الحركات الكبرى التي حطت بالانسانية الى الأمام إلا حركات قامت على كفاح عنيف ، ثم خرجت فائزة من هذا الكفاح . هكذا قامت حركات التحرير . تحرير الرقيق ، وتحرير المرأة ، وتحرير الشعوب وتحرير العمال .

المبحث الخامس

مذهب التضامن الاجتماعي

ديجيه زعيم مذهب
التضامن الاجتماعي

٤١ - الاسى الذى يقوم عليها المذهب

مذهب التضامن
الاجتماعي مذهب
واقعي لاميتافيسيكي

يعتبر ديجيه (Duguit) زعيم القائلين بمذهب التضامن الاجتماعي من رجال القانون . وقد بسط مذهب في مؤلفات له كثيرة . وهو يبسطه على أنه مذهب على واقعي (Positive) ، بعيد كل البعد عن التأثر بالميتافيسيك (Métaphysique) ، والميتافيسيك مختلف عن العلم في أنها تبحث في الأصل الأول للأشياء ، فلا توقف عند الشكل والصورة ، بل تتجاوز ذلك الى الجوهر والمبولى . وهذا الاصل الأول هو المجهول الواجب الوجود . ولا وسيلة لادراكه غير العقل . أما العلم فتقتصر دائرته على الواقع المحسوس ، ولا شأن له بالمجهول الذى لا يقع تحت الحس ولا يخضع للتجارب . فالتجارب والعقل هما الوسيلتان للبحث العلمى .

ركنا المذهب :
الحقائق الواقعة
يستخلص من النتائج

ولما كان مذهب ديجيه مذهباً علمياً واقعياً ، يصدر عن الشاهدة والتجارب وتسجيل الواقع ثم هو يستخلص النتائج المقولة من كل ذلك ، كان من الطبيعى أن يقوم مذهب على ركنين :

(أولاً) ما يقدره من الحقائق الواقعة (ثانياً) ما يستخلصه من النتائج من هذه الحقائق الواقعة الآتية :

٤٢ - الحقائق الواقعة في مذهب التضامن الاجتماعى

يسجل المذهب الحقائق الواقعة الآتية :

(١) وجود المجتمع ، مما لا شك فيه أن الانسان يعيش في المجتمع ، (١) وجود المجتمع

وانه كان دائما يعيش في المجتمع ، ولا يستطيع ان يعيش الا في المجتمع . فالمجتمع اذن حقيقة واقعة . على ان للانسان ايضا ذاتيته المستقلة عن المجتمع ، فله حاجاته الشخصية وميوله وآماله ، ولكن هذه الحاجات والميول والآمال لا يستطيع ان يرضيها الا في المجتمع والمجتمع .

(٢) وجود التضامن

(٢) وجود التضامن الاجتماعي : ومادام الانسان يحسن ذاتيته ولا يستطيع ان يفي بحاجاته الا في المجتمع ، فانه يرتبط بافراد المجتمع ارتباطا تضامنا . والتضامن عند ديجيه حقيقة واقعة علمية لا مثل أعلى ميتافيزيكي . وتوسع دائرة التضامن مع تقدم المدنية . فقد كان الانسان يرتبط بالرحل من الناس (Horde) يعيش معهم متضامنين في الدفاع عن النفس وفي توفير وسائل العيش . ثم ارتبط بأفراد الاسرة (Famille) فزادت وشائج القرابة توثيق اسباب التضامن . ثم ارتبط بأفراد المدينة (cité) وهي مجموعة من الاسر يرتبط ما بينها التقاليد والمعتقدات المشتركة . ثم ارتبط بأفراد الامة (Nation) وجمع بينه وبينهم روابط القانون والحكومة واللغة والدين والتقاليد ، وما يملأ الماضي من احداث ، وما يخرجه من كفاح وجهاد ، وما يسجله من هزيمة وانتصار . وقد يرتبط بافراد الانسانية جميعا في المستقبل البعيد .

(٣) تضامن الاشتراك وتضامن التقسيم : والتضامن الاجتماعي

(٣) تضامن
الاشتراك وتضامن
التقسيم

ضربان ، تضامن اشتراك (solidarité par similitude) وتضامن تقسيم (solidarité par division du travail) . فتضامن الاشتراك يأتي من اشتراك الناس في حاجات واحدة ، فيتضامنون جميعا للحصول عليها ، كما يكون الأمر بين أفراد الاسرة الواحدة . وتضامن التقسيم يأتي من اختلاف الناس في حاجاتها وفي قدرتها على تحصيل هذه الحاجات ، فيقسم العمل

فما بينهم ، يقوم كل منهم بما يستطيع القيام به ، ويبادل الآخرين ما عنده
بما عندهم . وتضامن التقسيم هو القى يسود شيئا فشيئا مع تقدم المدنية ،
لان الناس مع تقدم المدنية تزيد تباينا في كفاياتها وفي حاجاتها فيجنح كل
فريق الى التخصص .

٤٣ - النتائج المستحصنة من هذه الحقائق

بعد ان يفرغ ديميه من تقرير الحقائق الواقعة يستخلص منها نتيجة
إيجابية وأخرى سلبية فالنتيجة الإيجابية هي تأكيد وجود القاعدة القانونية
(Droit objectif) والنتيجة السلبية هي انكار وجود الحق الفردى
(Droit subjectif)

(١) وجود القاعدة
القانونية

(١) وجود القاعدة القانونية

يستخلص ديميه من الحقائق التى قررها قاعدة قانونية جوهرية هي
أساس مآثر القواعد القانونية ، ويصوغها في العبارة الآتية : يجب الامتناع
عن كل ما يخل بالتضامن الاجتماعى في أية صورة من صورته ، ويجب
القيام بكل ما من شأنه أن يحقق هذا التضامن وينسبه . وعند ديميه أن
كل القانون يقوم على هذه القاعدة الجوهرية ، وأن القانون الوضعى
(positive law) ليس الا تطبيقا لهذه القاعدة .

قاعدة ملزمة للفرد
وقبله

والقاعدة ملزمة للفرد وملزمة للدولة . أما إلزامها للفرد فمعناه أن كل
إرادة فردية تقوم على أساس التضامن الاجتماعى ، ويكون من شأنها أن
تحققه ، يجب أن تكون نافذة مستجابة لآثارها . وكل إرادة لا تتفق مع
التضامن الاجتماعى لا يكون لها أثر . أما إلزامها للدولة فمعناه أن الحكومة
ملزمة بتمكين الفرد اتيان كل عمل يحقق التضامن الاجتماعى ، وملزمة باتخاذ
قاعدة تضامن الاجتماعى أساسا لها في الإدارة وفي القضاء وفى التشريع .

والتشريع بنوع خاص يجب أن يكون قائما على أساس التضامن الاجتماعى
ومحققا له .

قاعدة ثابتة في أساسها
متغيرة في تطبيقاتها

قاعدة التضامن الاجتماعى ثابتة في أساسها متغيرة في تطبيقاتها .
مثل ذلك أن مقتضى تضامن الاشتراك هو احترام المساواة بين الأفراد ،
وتطبيق ذلك واضح في الخدمة العسكرية وفى الضريبة التصاعدية وفى
التعليم الإلزامى . ومقتضى تضامن الاشتراك أيضا هو احترام نشاط كل
فرد فى حدود احترام نشاط الآخرين ، وتطبيق ذلك واضح فى عدم تقييد
حرية العمل وفى عدم تقييد حق الفرد فى تملك ثمرة عمله والاحتفاظ بها
وفى عدم الترخيص باحتكار وسائل الإنتاج . ومقتضى تضامن الاشتراك
أخيرا هو احترام النشاط الأدبى لكل فرد ، وتطبيق ذلك واجب فى
وجوب إطلاق حرية الرأى والدين والاجتماع والتعليم والصحافة . والدولة
ملتزمة كذلك بتحقيق تضامن التوزيع ، فالمساواة التى تحترمها ليست هى
المساواة الحساية بل المساواة التى تتناسب مع كفاية كل فرد . ولا يجوز
للدولة أن تلزم الفرد بحرفة معينة ، أو أن تقتل باب حرفة معينة فى وجهه ،
أو أن تميز نظام الطوائف الصناعية . وإلى جانب هذه الالتزامات السلبية
توجد للولايات ايجابية . كحفظ الأمن العام والإشراف على الصحة العامة
وإيجاد عمل للأصحاء ومساعدة المرضى والمعجزين ، وحماية الحريات العامة
وحماية ايجابية وحماية حق الملكية وحماية العمل .

٢ — حرص وجود الحق الفردى

(٢) عدم وجود
الحق الفردى

وينصب دمجى الى أن الفرد ليس له حقوق مستقلة من شخصه
من حيث أنه انسان . بل عليه واجب هو أن يقوم بنصيبه فى التضامن

الاجتماعى . واذا كان له هذا الحق فذلك هو أن يقوم بواجبه فى تحقيق هذا التضامن .

الحرية ووظيفة اجتماعية

فالحرية ليست حقاً للفرد . بل هى وظيفة اجتماعية ، تمكن الفرد من تنمية شخصيته واعداده لتحقيق التضامن الاجتماعى ، فيجب تقييدها وفقاً لمقتضيات هذه الوظيفة ، فلا يجوز أن يكون الانسان حراً فى أن يتحرر أو يدخل فى مبارزة ولا فى أن يقوم بألعاب خطيرة من شأنها أن تعرض حياته للخطر .

الملكية ووظيفة اجتماعية

والملكية كذلك ليست حقاً للفرد ، هى وظيفة اجتماعية . والملكية الفردية تقوم مادامت تقوم بوظيفتها الاجتماعية . ووظيفة الملكية الفردية فى المدنية الحاضرة أنها تحقق التضامن الاجتماعى ، اذ أن هذا التضامن يقتضى أن يستولى كل عامل على ثمره عمله ، وأن يستطع ادخله ، بل أن يورث عنه ، حتى تتوطد الملكية الفردية ، وتقوم بتعويضها فى الانتاج ، وهى أحد أركانها المهمة . فإلا فذلك ينظر اليه اذن كشخص عليه واجب يقوم به فى تحقيق التضامن الاجتماعى ، ووظيفة اجتماعية يؤديها . ومادامت للملكية وظيفة اجتماعية ، فاستعمالها فى غير نأدية هذه الوظيفة لا يجوز ، وتترتب مسؤولية المالك اذا استعمل ملكه فى الاضرار بالنير أو أساء استعمال هذه الملكية . كذلك لا يجوز للمالك أن يمنع النير من أن يستعمل ملكه هو فيها لا يتعارض مع الوظيفة الاجتماعية ، كأن يعد النير أسلاكاً للكهرباء فوق أرضه ، أو أن يطير محلقاً فوق جوفه ، أو أن يأخذ ماء من ترعته يفيض عن حاجته بعد أن يعطيه التبريض المناسب . على أن للملكية الفردية باعتبارها وظيفة اجتماعية ، لا يجوز أن تبقى الا فى الظروف التى تبررها ، أما اذا تميزت الظروف ، وتحوّلت وسائل الانتاج وأصبحت

للكية الفردية لا تقوم بوظيفتها الاجتماعية ، فلها يجب أن تزول .

٤٤ — نقر مذهب التضامن الاجتماعي :

يتبين بوضوح مما قلناه أن ديمية يزعم أنه خصم لحدود الميتافيزيكا وخصم لحدود المذهب القانون الطبيعي ، وأن مذهب علي واقعي . والواقع من الأمر أن مذهب لا يسل من الميتافيزيكا حتى في أسسه الجوهرية ، وهو قريب من مذهب القانون الطبيعي ذي الحدود المتغيرة .

أما أن مذهب لا يسل من الميتافيزيكا فذلك أنه يقرر حقيقة واقعة هي حقيقة التضامن الاجتماعي . ثم يزعم بعد ذلك أن النظام الاجتماعي يقوم كله على هذه الحقيقة دون غيرها أما أنه يقوم عليها فهذا صحيح . وأما أنه يقوم عليها وحدها فهذا غير صحيح إذ أن هناك حقائق أخرى غير حقيقة التضامن الاجتماعي يقوم عليها المجتمع بل أن هناك حقيقة مناقضة كل المناقضة لحقيقة التضامن الاجتماعي ، هي حقيقة التنافس والتناحر ما بين الأفراد وتنازع البقاء ، لها أثر في نظام المجتمع لا يقل في القوة عن أثر التضامن .

المذهب ميتافيزيكي
لأقصى

يقي أن يقول ديمية ولكن القانون يجب أن يبنى على التضامن لأعلى التنازع ، ولكنه يكون بذلك قد انتقل من دائرة الواقع إلى دائرة الواجب أي من دائرة العلم إلى دائرة الميتافيزيكا .

وأما مذهب قريب من مذهب القانون الطبيعي ذي الحدود المتغيرة فذلك ظاهر فإن ديمية يقرر قاعدة جوهرية هي قاعدة التضامن ، ثم يقول أن هذه القاعدة الجوهرية ثابتة في أساسها متغيرة في تطبيقاتها ويورد تطبيقات متغيرة تلور كلها حول القاعدة الجوهرية ومذهب القانون الطبيعي ذي الحدود المتغيرة لا يقول بنير ذلك ، فهو يورد أساسا معقولا

وهو قريب من مذهب
القانون الطبيعي
ذي الحدود المتغيرة

يبني عليه نظام المجتمع ، ثم يطبق هذا الأساس تطبيقا يختلف باختلاف البيئة والجيل .

المبحث السادس

مذهب العلم والصياغة

٤٥ — العلم والصياغة في القانون :

ينحسب حتى (Geny) في كتابه المعروف « العلم والصياغة في القانون الخاص » (Science et Technique en Droit Privé) ، الى أن القانون شيء معقد في طبيعته ، ولا بد من تحليله تحليلا دقيقا حتى نقين ماهيته ، وعنده ان القانون يشتمل على عنصرين العلم والصياغة .

العلم (Science) ، بالمعنى الواسع الذى يريده حتى ، هو المادة التى يستخلصها العقل من طبيعة الروابط الاجتماعية المتطورة ، مستهيا بمثل أعلى ينير طريقه . فالعلم اذن هو المادة والجوهر .

الصياغة (Technique) هى القالب التى تصاغ فيه هذه المادة حتى تصبح قابلة للتطبيق العملى . فالصياغة اذن هى الشكل والصورة . ولننسط القول فى كل من هذين العنصرين :

١ — العلم

٤٦ — العوامل الأربعة التى يتضمنها العلم .

يتميز حتى فى العلم بين عوامل أربعة : (١) عامل الحقائق الواقعية (Données réelles, naturelles) عامل الحقائق التاريخية (Données historiques) (٢) عامل الحقائق العقلية (Données rationnelles) (٣) عامل الحقائق للنالية (Données idéales) (٤)

الأحوال المادية

— عامل الحقائق الواقعية .

ويشمل جميع الأحوال الطبيعية التي تحيط بالإنسان وتلحق به وهذه تتضمن الأحوال المادية كالتكوين الفسيولوجي والوسط الجغرافي ، والأحوال الأدبية كالحالة النفسية والحالة الحلقية والحالة الأدبية ، والأحوال الاقتصادية والأحوال السياسية ، والأحوال الاجتماعية ، هذه الحقائق الواقعية هي لقانون مادته الأولى وجوهره والبيئة التي ينشأ فيها . فمثل ذلك تنظم عقد الزواج ، فانه يبنى على كثير من الحقائق الواقعية ، منها حقائق طبيعية كالتكوين الفسيولوجي لكل من الرجل والمرأة ، ومنها أحوال أدبية كالحالة النفسية لكل من الزوجين ، ومنها أحوال اجتماعية تتصل بمركز الرجل والمرأة في المجتمع وهكذا .

الأحوال الأدبية
الأحوال الاقتصادية
والسياسية
والاجتماعية

مثل ذلك : عقد
الزواج

٤٨ — عامل الحقائق التاريخية

ويشمل التطورات التاريخية التي مرت بها النظم القانونية المختلفة . هذه الحقائق يستقرها الباحث من التاريخ ، وهي بمثابة مختبر للتجارب في القانون وفي العلوم الاجتماعية . مثل ذلك الملكية ، يقرئنا التاريخ أنها مرت بأدوار متعاقبة من التطور ، فكانت في القدم ملكية مشتركة ثم ظهرت الملكية الفردية في بعض الحاجيات الشخصية للإنسان ، وفشت الملكية الفردية بعد ذلك في غير الحاجيات الشخصية ، واتسع نطاقها حتى شمل الأرض والعقار . ومثل آخر الأسرة . بدأت أمية ، أي تنتسب إلى الأم ، ثم تطورت أبوية أي تنتسب إلى الأب وكانت للأب (Paterfamilias) سلطة الموت والحياة على أفراد أسرته وأخذ أفراد الأسرة يتحررون شيئاً فشيئاً من هذه السلطة ، حتى انتقلنا إلى الأسرة الحديثة في تطور مستمر .

تطور النظم القانونية

مثل ذلك : الملكية

الأسرة

٤٩ — عامل الحقائق العقلية

ويشمل القواعد التي يستخلصها العقل من الحقائق الواقعية والحقائق التاريخية ، فيصقل العقل هذه الحقائق ويحوّلها بحيث تصبح متفقة مع الغاية التي وجد من أجلها القانون . وهذه القواعد قليلة العدد عامة التطبيق ، وهي مبنية على العقل كما قدمنا . فهي اذن أقرب الى أن تكون أسس القانون الطبيعي الذي استعرضنا مفاهيمه المختلفة على أن ما يحلبه العقل ككل حلياً . مثل ذلك الزواج ، يوحي العقل أنه يجب أن يكون اقتراناً بين رجل وامرأة ، ثابتاً مستقراً ، حتى تنشأ أسرة مدعمة الأركان ، ولكن علم جواز الطلاق لا يعتبران من الحقائق للعقلية بل من الحقائق المثالية وهي الحقائق التي تنتقل اليها الآن .

٥٠ — عامل الحقائق المثالية

ويشمل للثل العليا التي يرتسها الانسان للنهوض بالقانون في مدارج الكمال ، يستلهمها من العاطفة لا من التفكير ، ومن الابحان لامن العقل . وللثل العليا تتميز بتغير المدنية والبيئة والجيل ، ففي الزواج مثلاً قد يكون من المثل العليا عدم تعدد الزوجات وعدم جواز الطلاق كما قدمنا . وفي اثبات النسب قد يكون من للثل العليا تيسير اثبات النسب الشرعي من طريق اقتراضات قانونية مع قيد حق الأب في انكار أبوته ، وقد يكون الأولى تيسير اثبات النسب الطبيعي والاعتراف بالأسرة الطبيعية . ومن أثر الحقائق للمثالية أن القانون يتطور في ظلها فلا يبقى جامداً ، حتى لو قامت الحقائق الواقعية والحقائق التاريخية والحقائق العقلية في جانب جود القانون . كما تم الأمر فيما يتعلق بالناء الرق وبإيجاد مسئولية تبني على مبدأ تحمل التبعة .

مفادتها بالقانون الطبيعي

مثل ذلك : الزواج

العاطفة والابحان لا التفكير والعقل

لجنة المثل العليا الزواج والنسب

تطور القانون في ظل المثل العليا

عنصر العلم يتضمن
قطعا من كل مذهب
من المذاهب المتقدمة

٥١ - مبرراته :

وقبل أن نخرج من عنصر العلم في القانون نبسط ملاحظتين :
للملاحظة الأولى أن هذه العوامل المختلفة من حقائق واقعية الى حقائق
تاريخية الى حقائق عقلية الى حقائق مثالية قد أخذت من كل مذهب من
المذاهب التي سبق استعراضها بقدر ما فيها من حق . فالحقائق الواقعية هي
مذهب التضامن الاجتماعي والحقائق التاريخية هي مذهب التطور التاريخي ،
والحقائق العقلية هي مذهب القانون الطبيعي . والحقائق المثالية هي مذهب
الغاية الاجتماعية .

اتصال العناصر
القانونية من الواقع
الى الواجب الى
الطبي

الملاحظة الثانية أن المساعدة القانونية ، وهي لا تزال في دائرة
الحقائق الواقعية والحقائق التاريخية تكون واقعا . ثم تنقلب من الواقع الى
الواجب اذا انتقلت الى دائرة الحقائق العقلية والحقائق المثالية . وسنراها
الآن ، اذا ما انتقلت من العلم الى الصياغة . تنقلب من الواجب الى المطبق .

٢ - الصياغة

٥٢ - نوعان في الصياغة :

قدمنا ان الصياغة هي القالب الذي تصاغ فيه القواعد المستمدة من
العنصر العلمي ، حتى تصبح قابلة للتطبيق العملي وهي العنصر الهام في القانون ،
وبها يتميز رجل القانون عن غيره .

الصياغة المادية
والصياغة المعنوية

وعيز جني بين نوعين من الصياغة : صياغة مادية
(Procédés matériels) وصياغة معنوية (Procédés intellectuels)

(١) - طرق الصياغة المادية

٥٣ - أمثلة على الصياغة المادية :

وعمل جى لطرق الصياغة للمادية بأمانة فمختار منها ثلاثة :

الك
والصم
والشكل

(١) الكم مكان الكيف (Quantification en place de quali-

fication) (٢) الشكل (Forme) (٣) التقسيم (Classification) . وتقول

كلمة موجزة عن كل منها

٥٤ - الكم مقام الكيف :

ومعنى ذلك ان القانون يعدل عن وصف الشيء بكيفية الى تقديره
بكمه . وبدلا من ان يصف الشيء وصفا يدع مجالا عند تطبيقه الى اختلاف
الآراء ، يحدد تحديدا حديا ينف حد رقم معين لا يكون بعده قابلا للاختلاف
في التطبيق . وهذه هي الصياغة القانونية للمادية التي ترمى الى استقرار التعامل
حتى تكون القاعدة صالحة لتطبيق العلم . مثل ذلك التقادم والتبين والربا
الفاحش . ففي التقادم المطلوب صياغة للمعنى الآتى كل من وضع يده على عين
مدة طويلة الى حد أن يتولد عند الناس الاعتقاد بأنه مالك العين يملك
العين بالنعل . فيصاغ هنا الوصف ، فينقلب من كيف الى كم ، وتصبح
القاعدة القانونية بعد صياغتها كما يأتى :

أمثلة :
التقادم

كل من وضع يده على عين مدة خمس عشرة سنة باعتباره أنه مالك
لها يصبح مالكا بالنعل ، وكذلك في التبين يحدد قدر التبين الفاحش بأنه
الذى يزيد على خمس قيمة الشيء ، فيحل التحديد العسدي محل التحديد
الوصفي . وكذلك الربا الفاحش يحدد الفاحش فيه بما يزيد على ٩ ٪ .

التبين

الربا الفاحش

٥٥ - الشكل

والشكل طريقة أخرى من طرق الصياغة للمادية . فهناك مصان يصوغ لها القانون أشكالا وأوضاعا ورسوما ، حتى تصبح محدودة في الزمن ، مستقرة في الشامل . مثل ذلك بعض العقود المحظرة التي يرى للقانون التنبيه على خطورتها حتى لا يقدم عليها التعاقد إلا وهو مثبت بما يقدم عليه ، كالمدة والرهن والتأمين . فمضى المحظورة هنا يصاغ اشكالا تشترط مراعاتها حتى يتم عقد الهبة أو عقد الرهن ، ولا بد لتكوين هذين العقدتين من كتابة رسمية بيد موظف مختص ، يدونها طبقا لأوضاع معينة . كذلك عند ما يشترط القانون الإثبات الكتابي فيما تزيد قيمته على مبلغ معين ، يكون قد لجأ أيضا إلى الشكل ، وهو هنا الكتابة ، في إثبات العقد لا انعقاده . وقل مثل ذلك في إعلان التصرفات العقارية عند ما يوجب القانون تسجيلها أو قبضها ، وفي إجراءات للرافعات ، عند ما يشترط القانون إعلانات مكتوبة في موايد معينة وإجراءات تتخذ في أوضاع محدودة .

التحديد من طريق الاشكال والأوضاع

أمثلة :

تكوين العقود الشكلية

إثبات العقود

إعلان التصرفات العقارية

إجراءات للرافعات

٥٦ - التقسيم

ويلجأ القانون إلى هذه الطريقة في الصياغة للمادية عند ما تزدحم للماني ، ويدفع بعضها بعضا . فحتى ترتب هذه للماني ، وتبين الصلة للعقبة بينها ، يسد القانون إلى التقسيم . مثل ذلك العقد ، وهو تقابل ارادتين تقابلا يظهر أثره في العقود عليه ، يضم تحت هذا التعريف عقودا شتى مختلفة الأنواع متباينة الأثر . فإذا عدنا إلى الصياغة من طريق التقسيم أمكن أن نقول أن العقد إما أن يقع على ملكية الشيء أو على

ترتيب الماني
ترتيبيا منطقيا

مثل ذلك :

تقسيم العقود

منفعة ، وهو إما أن يكون مملوكة أو تبرعا . فإذا وقع على ملكية الشيء .
مملوكة فهو بيع ، وإن تبرعا فهو هبة ، وإذا وقع على منفعة الشيء . مملوكة
فهو اجارة ، وإن تبرعا فهو عطرية .

ب . طرق الصياغة المعنوية

٥٧ - أمثلة على الصياغة المعنوية

ويمثل جنس الصياغة المعنوية بأمثلة نختار منها ثلاثة كذلك : الأوضاع الفرضية
(١) الأوضاع الفرضية (Présomptions) (٢) الأوضاع التصورية والموردية والتصورية
(Fictions) (٣) الأوضاع التصورية (Constructions) .

٥٨ - الأوضاع الفرضية :

ويلجأ إليها المشرع عند ما يتكرر حدوث شيء ويطلب وقوعه
فيفرض القانون أن هذا الشيء واقع ، أخذا بالأغلب ، وإقرارا للتحامل .
مثل ذلك القاعدة للمروفة التي تعنى بأن الحيازة في المنقول سند الملكية ،
لجأ في وضعها المشرع الى الصياغة المعنوية ، اذ فرض أن كل حائز لمنقول
بحسن نية مالك لهذا المنقول ، وهذا في الغالب يتفق مع الواقع . أما في
القليل النادر عند ما يكون حائز المنقول غير مالك ، فالقانون يفرضه مالكا
حتى يحسم بذلك النزاع عند التحامل في المنقول ، ويطمئن كل انسان
انتقل الى يده منقول وهو حسن النية الى أنه أصبح مالكا لهذا المنقول .
مثل آخر مسئولية السيد عن خادمه ، فرض القانون فيها أن السيد مقصر
في اختيار خادمه أو في الرقابة عليه ، لذلك يصبح السيد مسئولا عن
خطأ خادمه .

الاحتال من المرجع
الى المؤكد من
طريق الفرض

أمثلة :

الحيازة في المنقول
سند الملكية

مسئولية السيد عن
خادمه

٥٩ - الأوضاع الصورية :

ويجباً إليها المشرع عند ما يريد أن يلحق في الحكم شيئاً بشيء آخر متاقتضيه . مثل العقار بالتخصيص (Immeuble par destination) والمتنول بحسب المآل (Meuble par anticipation) فالعقار بالتخصيص كالزراعت والآلات الزراعية الملحقة بالمرعة ، منقولة حقيقة ، ولكن القانون يمكن هنا الوصف ويجعلها عقاراً حكماً ، أو عقاراً بالتخصيص ، حتى يلحقها في الحكم بالزراعة التي خصصت لخدمتها حتى لا يجبر عليها منفصلة عن المرعة . والمتنول بحسب المآل ، كالأثاث تباع والبار لا تزال قائمة ، ولكن القانون يمكن هنا الوصف ، ويجعلها متنولاً حكماً ، أو متنولاً بحسب المآل ، اذ ما لها الملم خصيصاً أتماضاً ، حتى يسقطها حكم المتنول من حيث البيع والرهن والحجز . فالعقار بالتخصيص اذن ليس عقاراً الا من طريق وضع صوري كذلك .

وصف الشيء
يوصف متاقتضيه
الحقيقة

إشارة :
العقار بالتخصيص
للمنول بحسب المآل

٦٠ - الأوضاع التصورية :

ويجباً إليها المشرع عند ما يريد أن يمد حكم شيء معروف الى شيء غير معروف ، وليس الشئان متاقتضيين كما في الأوضاع الصورية . مثل ذلك أن يصوغ القانون الملكية الأدبية والفنية والصناعية على غرار الملكية المادية ، وأن يصوغ الشخصية المنوية على غرار الشخصية الطبيعية .

مد حكم شيء معروف
الى شيء غير معروف

مثل ذلك :
الملكية الأدبية
الفنية والصناعية
لشخصية المنوية

الباب الثاني

مصادر القانون

٦١ - تعريف « مصدر القانون »

مصدر القانون هو الطريق الذي تؤخذ منه قواعده وأحكامه .

٦٢ - المصدر الرسمي والمصدر التفسيري

ومصادر القانون أنواع مختلفة ، قف منها عند نوعين : المصدر الرسمي والمصدر التفسيري .

المصدر الرسمي

فالمصدر الرسمي هو السلطة التي تعطى القواعد القانونية قوتها الملزمة .
ولكل قانون مصدر رسمي أو مصادر رسمية متعددة ، فالشريعة الإسلامية مصدرها الرسمي الدين والفقه ، والقانون الإنجليزي مصدره الرسمي القضاء والتشريع ، والقانون المصري مصدره الرسمي التشريع والدين والمادة والقانون الطبيعي ومن ذلك ترى ان المصادر الرسمية للقانون هي المادة والدين والقانون الطبيعي والتشريع والفقه والقضاء .

المصدر التفسيري

والمصدر التفسيري هو المرجع الذي يجلو غامض القانون ، ويوضح محبته . وهناك مصدران لتفسير القانون ، الفقه والقضاء . فالفقه والقضاء باذن مصدران رسميان ، ومصدران تفسيريان .

ونتولى الآن بحث مصادر القانون على الترتيب الآتي : المادة والعرف ، ثم الدين ، ثم القانون الطبيعي وقواعد المسئلة ، ثم التشريع ، ثم القضاء والفقه .

الفصل الاول

المادة والعرف

١ - كيف تصبح المادة قانونا

٦٣ - كيف تنشأ المادة : عنصريها المادى والنفسى :

لا يبيش الانسان الا فى المجتمع ومن ثم لا يحصى من أن تنشأ الروابط الاجتماعية ، ولابد من تنظيم هذه الروابط .

وفى مجتمع فطرى لم يجتز الا المراحل الاولى من المدنية ، مرحلة الصيد ومرحلة البداوة ، لا توجد هيئة تشريعية محددة لتنظيم الروابط لاجتماعية . فتقوم المادة لتنظيم هذه الروابط . وهى تشمل على عنصرين : (العنصر الاول) . هو العنصر المادى ، وهو ما يحتفظه الانسان لنفسه من قواعد لتنظيم روابطه الاجتماعية . وهذه القواعد لا يمكن تحديد منشأها بالدقة ولا كيف نشأت . وكل ما يمكن ان يقال ان الانسان يستوحى فى ذلك الظروف التى تحيط به ، وحقله الذى يقدر هذه الظروف ، وخصيخته التى يستمد منها الالهام . (العنصر الثانى) هو العنصر النفسى ، ويتكون من عاملين . العامل الاول هو ليل الى المألوف ، واثيره على غير المعروف ، فالتناس لا يحبون ان ينصرفوا عن شىء يعرفونه الى شىء مجهولونه ، والطريق التى يشقها الشخص هى الطريق التى يسود اليها . والعامل الثانى غريزة حب التقليد ، فالتناس مطبوعون على تقليد من يستهدونه فى أمورهم ، ثم على تقليد آباءهم وأجدادهم . وهكذا تطرد المادة وتستقر ، حتى تصبح ثابتة ، ويرسخ أروها فى النفوس . هنا الى صيغة . دينية قد تصطبغ بها المادة ، فتحوطها بشىء من الهيبة والتفديس .

العنصر المادى

العنصر النفسى
اليل الى المألوف

حب التقليد

٦٤ - متى تصبح العادة قانونا :

متى توافر العادة عنصرها المادى والنفسى ، اضطرد اتباعها ، واصلوا الناس بألفونها ، حتى يصبحوا وقد رأوها ملزمة لهم فى تنظيم علاقاتهم الاجتماعية ، وحتى يصبحوا وقد رأوا الخروج عليها شذوذا يستفز الانكسار ؛ ثم يستوجب الجزاء ، وبذلك تصبح العادة قانونا .

الشروط الواجب توافرها :

وحتى تصبح العادة قانونا يجب أن تتوافر فيها الشروط الآتية :

(١) أن تكون عامة ، فلا تختص بمكان معين ولا بشخص معين ولكن يجوز أن تختص بجهة معينة . فتكون حرفا محليا ، أو بطائفة من الناس ، فتكون حرفا خاصا بهذه الطائفة . (٢) وأن تكون قديمة ، فيتواتر الجرى عليها منذ العهود القديمة . (٣) وأن تكون ثابتة ، فيضطرد اتباعها بطريقة منظمة ، غير متغيرة ولا منقطعة ، (٤) وأن تكون غير مخالفة للقانون ولا للآداب ولا للنظام العام ، فإذا اصطدمت العادة مع نص تشريعى فالنص التشريعى ينسخ العادة . وإذا كانت العادة مخالفة للآداب أو للنظام العام ، (كما فى الموت المذنب الذى يصحب الرهبة فى المسيحية فإنه مخالف للنظام العام) ، فلها لا تكون قانونا . (٥) وأن تكون ملزمة . فهناك حرف يجرى عليه الناس ، على ألا يكون ملزما لهم فى تعاملهم ، فمثل هذا الحرف لا يكون قانونا . مثل ذلك ما اصطاح عليه الناس من التهديد والتعازى فى مناسبات معينة ، كالأعياد والأفراح والمآتم ونحوها ، وما جرى عليه الجيران من أعمال التسامح فيما بينهم .

سبب اعتبار العادة
قانونا :
إرادة المجتمع
استقرار التعامل

فإذا توافرت هذه الشروط فالعادة تعتبر قانونا لسببين : (أولا) لأنها تكون اذ ذاك تعبيرا صحيحا عن إرادة المجتمع . (ثانيا) لأن التعامل يكون قد استقر على اتباعها ، فوجب مراعاتها حفظا لاستقرار المعاملات .

ولكن هل المادة قانون لأن المحاكم تطبقها ، أو أن المحاكم تطبقها لأنها قانون ؟ يقول بالرأى الأول المدرسة التحليلية ، فهي لا تعطى المادة صفة القانون الا اذا طبقها المحاكم ومن وقت ذلك التطبيق . ويقول بالرأى الثانى المدرسة التاريخية فنعدها أن المادة قانون قبل أن تطبقها المحاكم ، وما التطبيق الا مقرر لصحتها القانونية ومظهر لهذه الصفة . ولعل الرجوع الى طبيعة الروابط الاجتماعية يحدد الى تفصيل الرأى الأخير ، هل أن الفرق العملى بين الرأين ليس بالكبير .

٦٥ - مصدر المادة بعد تفرغ المراجعة :

وهكذا تبقى للمادات تنظم الروابط الاجتماعية ، ويكون لها الحل الأول ، بل يكاد يكون لها الحل الوحيد ، فى أمة لا تزال فى فجر مدنيته ، حتى اذا تقدمت المدنية ، وتطقت الروابط الاجتماعية ، ونشبت المادات ، رأى المجتمع حاجته فى أمرين : (أولاً) فى ضبط هذه المادات وتحديدتها بعد التفتت والتشعب ، وكثيراً ما يقع أن تكتب وتجمع ، كما هم ذلك فى القانون الفرنسى القديم ، ومع ذلك تبقى قانوناً (غير مكتوب) لأن القانون (المكتوب) ينشأ من أول الأمر مكتوباً كالقانون الذى يكون مصدره التشريع . (ثانياً) فى إيجاد مصدر رسمى آخر للقانون ، يكمل ما تقتصر المادات دونه ، وفى حاجات المدنية الناشئة المتجددة ، ويهتدب من المادات القديمة بما يجعلها تتماشى مع روح التطور . فلابد إذن من اصلاح اجتماعى ، قد يقوم به نبي من طريق الدين ، وقد يقوم به مصلح من طريق العقل ، وقد يقوم به سلطان من طريق التشريع . وهكذا يوجد الى جانب المادة ، يكلها ويهتدب قديماً وينسخ قاصداً ، مصدر رسمى آخر للقانون ، هو الدين أو القانون الطبيعى أو التشريع ، أو هذه كلها أو بعضها .

على أن هذا التطور ليس بالأمر البسيط ، فهي حرب شعواء يقيمها الجديد على القديم ، ولا يزال يداوره حتى يطغى به ، فتخطو المدنية خطوة إلى الأمام . وفي هذا الحرب تتنازع التريزتان البشريتان : نزعة المحافظة على القديم بمآملها حب التقليد والحرص على المألوف ، وهذا هو الاستقرار والثبات ، ونزعة حب البقاء ومجاعة الزمن ، وهذا هو التطور والتجديد .

تطور العادة من
مصدر رسمي إلى
مصدر تاريخي

ونرى من ذلك أن العادة لها الشأن الأول في مدينة فطرية . فإذا قلمت المدنية قل شأن العادة ، وهي إذا بقيت مصدرا رسميا لقانون لما تبقى كذلك في حدود ضيقة ، وتنقلب فيما ترحلت عنه إلى مصدر تاريخي . وهكذا تتقدم المدنية ، فيضف شأن العادة كمصدر رسمي ، وتتسع دائرتها كمصدر تاريخي . ويحل محل العادة في مدينة متقدمة (اجتازت مرحلتى الصيد والبداءة إلى مراحل الزراعة والتجارة والصناعة) الدين والقانون الطبيعي والتشريع .

٦٦ - تطبيع ما نغرم على الشرائع القديمة :

الشرعية الرومانية

كان ما قلناه هو شأن الشريعة الرومانية . فقد بدأت مجموعة من العادات تنظم الروابط الاجتماعية ، حتى إذا تقدمت المدنية الرومانية ، وتوافر للشعب الروماني تنظيم هيئة تشريعية ، كتبت هذه العادات وجمت في الألواح الاثنى عشر المشهورة . . وقام التشريع إلى جانب العادات مصدرا رسميا للقانون . وكان القضاء والمفتة كذلك مصدرين رسميين في المكان الأول من الأهمية في نشوء القانون الروماني وتطوره .

الشرعية الاسلامية

وكان ذلك أيضا شأن الشريعة الاسلامية . فقد كانت الأمة العربية

في بدايتها في عصر الجاهلية ، خاصة لماداتها ، وقد اصطبشت بعض هذه
المادات بصيغة الدين الوثني . وكانت العرب قبائل متفرقة ، تعيش في
عهد البداوة ، لا يجتمعها سلطان واحد . وبقي الأمر كذلك حتى هيات
الظروف طريق الوحدة العربية ومهدته بظهور الرسالة المحمدية ، وبعث
النبي صلى الله عليه وسلم رسولا ، فانتقص من سلطان المادات ، وقام
الدين مصدرا رسميا للتشريع . على أن العرف بقي مصدرا للقانون في
الشريعة الاسلامية ، فقد كان الاجماع في أول أمره عرف أهل المدينة ،
ثم تطور مع ذلك فأصبح اجماع المجتهدين في كل عصر . ولا يزال من
المبادئ المقررة في الشريعة الاسلامية أن المادة محكمة ، ولهذا المبدأ
تطبيقات كثيرة معروفة^(١).

الشريعة الانجليزية

وقد بدأت الشريعة الانجليزية كالشريعة الرومانية عادات متأصلة
في القبائل الانجلوسكسونية ، وهي القبائل التي كانت تسكن الجزيرة
الانجليزية من قديم . ثم اقترن في القرن الحادي عشر عادات القبائل
النورماندية التي فتحت الجزيرة الانجليزية في ذلك الحين . ولما تطورت
للدنية الانجليزية وتقدمت ، وأصبح المجتمع في حاجة الى مصدر رسمي

(١) جاء في مجلة الاحكام المدنية نصوص كثيرة تأخذ بالمادة مصدرا للقانون .

ومن هذه النصوص :

م ٣٦ : المادة محكمة . يعني أن المادة طاعة كانت أو خلسة تجعل حكمها لاثبات

حكم شرعي .

م ٤١ : إنما تعتبر المادة اذا اضطرت أو ظلت .

م ٤٣ : المعروف عرفا كالمعروض شرطا .

م ٤٤ : المعروف بين التجار كالمعروض بينهم .

م ٤٥ : التبيين بالعرف كالتيقن بالنص .

آخر للقانون ، قام قضاء المحاكم ، وصارت العادات تقرأ الأحكام القضائية وتطبقها تطبيقاً مستفيضاً ، وتتكرر الأحكام فتتأكد للبداية القانونية بتكررها ، الى أن صار القضاء هو المصدر الرسمي للقانون في الشريعة الانجليزية .

وقام مقام العادات . ثم قام التشريع مصدراً آخر ، حتى صار هو والقضاء في الوقت الحاضر المصدرين الرسميين الرئيسيين في الشريعة الانجليزية .

وبدا القانون الفرنسي القديم ينظم الروابط الاجتماعية . وامتزج القانون الروماني بهذه العادات بعد الفتح الروماني . ثم دخل قانون الكنيسة . وبقيت قوانين العادات تنمو وتطرد مع الزمن ، حتى اقتصرت فرنسا الى قسمين ، القسم الشمالي ويطبق العادات ، والقسم الجنوبي ويطبق القانون الروماني .

ولما قويت الملكية في فرنسا وتركزت ، جمعت العادات ، وقام الى جانبها التشريع كمصدر رسمي للقانون الفرنسي ، وما زال التشريع يقوى حتى وصل الى أوجه في عهد التقنيات المروقة بتقنيات فابريون ، اذ سيطر للشرع نهائياً على القانون ، وصار التشريع هو المصدر الرسمي الرئيس في القانون الفرنسي الحديث .

٢ - العادة والعرف كمصدر رسمي للقانون المصري

٦٧ - كيف تكون العادة مصدراً رسمياً للقانون المصري :

تكون العادة مصدراً رسمياً للقانون المصري بأحد معنيين : (١) المعنى

التعامل يكون قد استقر على اتباعه ، فوجبت مراعاته حفظا لاستقرار
العامات .

٦٨ - امتثلة على المادة كمصدر رسمي مباشر للقانون المصري

من ذلك للمعات للرعية التي بنى عليها قسم كبير من الامتيازات
الأجنبية للعروة . فهذه الامتيازات لم تتم كلها على معاهدات دولية بل
توسع الأجانب فيها توصلا كبيرا ، جريا على المعادات التي نشأت من
جراه تهاون الحكومات السالفة .

ومن ذلك المعادات التجارية ، ولها أهمية كبرى ، حتى قيل أنها
تنسخ التشريع . ومن أمثلة المعادات التجارية التي تعتبر قانونا العرف
المتبع في سوق القطن (كأن تكون مصاريف النقل والسيرة على
النيل ، وكأن يحسب سعر القطن باعتباره محلوجا ، وكأن يكون السعر
الرسمي خاصا بمرتبة معينة من القطن) ، والمعادات المتبعة في البورصة وفي
الشركات (وقد جرت العادة أنه اذا اشترك شخصان ، قدم أحدهما رأس
المال وتمهد الثاني بإدارة العمل ، فلا أول ثلث الأرباح وللآخر الثلث ،
ما لم يتفقا على غير ذلك) .

ومن ذلك العرف الذي يؤخذ به في بعض المسائل المدنية ، كافي
الايجار اذا لم يتفق المتعاقدان على الأجرة فان العرف يحدددها ، وكذلك
شروط الايجار كالشروط الخاصة بالمياه والنور ، وكافي حقوق الجوار فانه
يؤخذ فيها بالعرف فلا يجوز للجار أن يلحق بجاره ضررا فاحشا ، وكافي
اقراض ملكية الزوجة المسلة للمقتولات المنزلية جريا على العرف .

٦٩ — أممده على العادة كصور رسمي غير مباشر للقانونه

المصري :

والأمثلة كثيرة على العرف يحيل عليه الشرع المصري كصور
القانون .

ففي القانون المدني تقضى المادة ٥١/٣٠ بأن الاتفاق هو تكليف
مقرر على عقار لنفذة عقار آخر أو لنفذة الميرى ، وتتبع فيه شروط العقد
القضى ترتب عليه وجود ذلك التكليف وعرف البلد . وتقضى المادة
١٩٩/١٣٨ بأنه يجب أن تفسر المشارطات على حسب الفرض الذى يظهر
أن المتعاقدين قصدوه ، بها كلن المعنى الفئوى للألفاظ المستعملة فيها ،
مع مراعاة ما يقتضيه نوع المشارطة والعرف الجارى . وتقضى المادة ٣٤٨/٢٧٧
بأنه يجب أن يكون التسليم (تسليم البيع) فى الوقت المعين له فى العقد ،
فإذا لم يشترط فيه شئ . بذلك الخصوص ، وجب التسليم وقت البيع ،
مع مراعاة المواعيد المقررة بحسب العرف . وتقضى المادة ٣٥٩/٢٨٤ بأن
مصاريف المثال ومصاريف دفع الثمن تكون على المشتري ، وكذلك
رسوم عقد البيع ، وهذا ان لم يقض العرف التجارى بخلاف ذلك فى جميع
الأحوال . وتقضى المادة ٣٥٨/٢٨٦ بأنه فى حالة عدم وجود شرط فى
عقد البيع ، تتبع القواعد المقررة فى الأحوال الآتى بيانها ، ان لم يقض عرف
الجهة بنير ذلك . وتقضى المادة ٤٠٤/٣٢٦ بأنه يتبع عرف التجارة فيما
يتعلق باستتزال مقادير ظروف البضائع وأوعيتها . وتقضى المادة
٤٠٧/٣٢٩ — ٤٠٩ بأنه فى حالة عدم وجود شرط صريح فى العقد ،
يكون الثمن واجب الدفع حالا فى مكان تسليم المبيع ، وإذا كان الثمن مؤجلا

يكون دفعه في محل المشتري ، ومع ذلك يراعى في هذه المادة عرف البلد والعرف التجارى . وتقضى المادة ٤٤٦/٣٦٣ بأن عقد الايجار الخاضع بشير كتابة لا يجوز اثباته الا باقرار المدعى عليه أو باستناده عن اليمين اذا لم يبتدأ في تنفيذ العقد المذكور ، وأما اذا ابتدئ ، في التنفيذ ، ولم يوجد سند مخالف بالاجرة ، فتقدر الاجرة بمعرفة أهل الخبرة ، وتبين المدة بحسب عرف البلد . وتقضى المادة ٤٩٣/٤٠٥ بأنه اذا لم يحصل اتفاق على تعيين الاجرة (في عقد الاستصناع) يتبع ما قرره العرف لتعيين مقدار الاجرة ، سواء كانت مستحقة أو مدفوعة . وتقضى المادة ٤٩٧/٤٠٨ — ٤٩٨ بأن المهندس الممارى يستحق اجرة خاصة بسل الرسم والتقايسة واجرة لإدارة عمل البناء ، فان لم يحصل الاتفاق على مقدار هاتين الاجرتين يصير تقديرهما على حسب العرف الجارى .

وفي القانون الجنائى قضت المادة الأولى بأن أحكام هذا القانون تسرى على كل من يرتكب في القطر للمصرى جريمة من الجرائم المنصوص عليها فيه ، إلا إذا كان غير خاضع لقضاء المحاكم الأهلية بناء على قوانين أو معاهدات أو عادات مصرية . وتقضى المادة ١٧٤/١٧٠ بأن من قلد المسكوكات المتداولة قانوناً أو المتداولة عرفاً في مصر ، سواء كانت من الذهب أو الفضة ، أو قص قيمتها ، أو روجها ، أو أدخلها في مصر ، أو تعامل بها ، يعاقب بالأشغال الشاقة المؤقتة .

ويقضى الأمر العالي الصادر في ٢٥ مايو سنة ١٨٩٧ خلاصاً بمركز مسيرة ، بأن القضاء في جميع المواد المستوجبة للتنذير بأنواعها ، من المخالفات والجنايات ، يكون بمقتضى المبادئ والقواعد المتبعة في تلك الجهة ، أما القضايا المدنية والتجارية فالنصل فيها يكون بطريق

التحكيم ، وإذا رفعت دعوى من هذا القبيل ، يحكم فيها بمقتضى قواعد
المثل وبموجب عادات تلك الجهة . ويقضى القانون نمرة ١٥ لسنة ١٩١١
الخاص بالنظام القضائى فى شبه جزيرة سيناء بأن القضاء فى مواد العقوبات
يكون بمقتضى القانون ، أو بالعقوبات التى تقضى بها الموائد المحلية الثابتة
بدلا من العقوبات التى يجوز الحكم بها بمقتضى القانون ، ويشترط أن
تكون الموائد المحلية غير مخالفة للمدانة أو الآداب ، ويقضى فى المواد
المدنية بمقتضى قواعد المثل والقانون الطبيعى ، مع مراعاة ما لا يخالفهما
من الموائد المحلية الثابتة ، ويجوز قبول الصلح فى المواد الجنائية اذا رضى
به من أضرت به الجريمة ، وكل من رأى أغلبية الممثلين أنه موافق للموائد
المحلية . ويقضى القانون نمرة ٨ لسنة ١٩١٢ الخاصة بالراحات الناحلة
والخارجة والبحرية بمراعاة العرف فى نظر القضايا المدنية ، ما دام مطابقاً
للمدانة والحقوق الطبيعية .

الفصل الثاني الدين

١ - كيف يكونه الدين مصدرا رسميا للقانون

ما هو الدين : الدين وحى ينزل من عند الله على نبي من أنبيائه ،
لارشاد الناس في معاشهم وفي معادهم . فهو يشمل واجب الانسان نحو الله ،
وواجبه نحو نفسه ، وواجبه نحو الناس .

والدين عبارة أهم هو كل ما يستمد من وحى القوة غير المنظورة
وينسب اليها . فيوجد عنا الأديان المنزلة التي اعترف بها الاسلام أديان
أخرى كالبودية والبراهمية وغيرها .

ولا يبنى الروابط الاجتماعية - وهي وحدها موضع القانون - من
الدين الا ما كان راجعا الى واجب الانسان نحو غيره . أما واجبه نحو الله ،
وواجبه نحو نفسه ، فهذه خاصة بالدين ولا يشترك القانون معه فيها .

ومن الأديان ما يتوسع في تناول واجب الانسان نحو غيره توسعا
في تناول واجبه نحو الله وواجبه نحو نفسه ، كالدين الاسلامي والدين
اليهودي ، فهذه تكون مصدرا خصبيا للقانون . ومنها ما يبنى بالواجب نحو
الله والواجب نحو النفس ، ولا يلم بالواجب نحو الغير الا للامكان يسيرا ،
كالدين للمسيحي ، وهذه تكون أيضا مصدرا للقانون في حدود ضيقة .

٢٠ - متى يكونه الدين مصدرا رسميا للقانون

والدين يكون مصدرا رسميا للقانون اذا عرض لتنظيم
تجاوز الاملا في

محاويل الروابط
الاجتماعية

الروابط الاجتماعية كما قدمنا . فكل ما يملكه صاحب الدين للناس من قواعد لتنظيم هذه الروابط ، على أنها من الله ، يجب لها الطاعة ، ويؤخذ الناس بها بوضع جبراء دنيوى لها ، يكون قواعد قانونية مصدرها الرسمى هو الدين .

اثر الدين في العادات

ويأتى الدين بعد العادات مصدرا رسميا للقانون ، ينسخ من العادات قاسمها ، ويقر صالحها ، ويهز القديم هزا عنيفا ، ويهزم ما يتصادم منه ، ويسير بالانسانية خطوات الى الأمام . فهو في مبداء يمثل التطور والحركة ، الى جانب استقرار العادات ومكونها . ثم تستقر الحركة ويقف التطور ، وينضب ذلك للمين الحصب القى كان ينفذ الدين ، فيصبح الدين عاملا من عوامل الاستقرار لا من عوامل التطور ، حتى اذا أتى المجددون في الدين ، وفتحوا فيه روح التجديد ، رجع اليه النشاط والحركة ، ثم يعود الى الجود . وهكذا يبقى الدين يتنازعه الاستقرار والتطور .

٧١ - أثر الدين في القوانين الثرية

حظ الدين ضئيل في
القوانين الثرية
انتشار القانون
الرومانى

وحظ الدين من الأثر في القوانين الثرية ضئيل . وذلك يرجع لسببين : (السبب الأول) أن القانون الرومانى كان قد انتشر في البلاد الثرية قبل انتشار المسيحية واستقر فيها ، وهو قانون من أرق القوانين التى عرفها البشر . فلم تستطع المسيحية أن تطلع هذه الشريعة القديمة (السبب الثانى) أن الدين المسيحى لم يعرض لأمور الدنيا الا فى كثير من القصد ، فقد كان لليهود شريعة قديمة منزلة . ولو أن السيد المسيح أرسل الى قوم غير اليهود ، وصفت في عهد من عهد البداوة ، لكان من المحتمل ان تكون رسالته قد تطورت ، فأتى بقانون الى جانب الدين .

عدم تعرض الدين
المسيحى لأمور الدنيا

على أنه اذا كانت القوانين الثرية لم تتأثر بالدين المسيحى ، فقد تأثرت بقانون الكنيسة . وهنا يجب التمييز بين الدين المسيحى وقانون

قانون الكنيسة

الكنيسة . فكل ما جاء عن السيد المسيح ونسب اليه هو الدين المسيحي . وقد رأينا السيد المسيح يعطى ما فقهه وما تقبصر لقيمته ، ولذلك كانت القواعد القانونية التي أتى بها لتنظيم الروابط الاجتماعية قليلة نادرة . أما قانون الكنيسة المسيحية فصدره تشريع الكنيسة وفقه رجال الدين . وقد تأثر كل من التشريع والفقه فيه بروح الدين المسيحي وبالتأثر الرومانى . وتناول قانون الكنيسة مسائل مختلفة أهمها الزواج والطلاق والنسب والميراث والوصية والمقود . فوضعت لها قواعد خضعت لها البلاد النثرية والبلاد الشرقية المسيحية فى القرون الوسطى صودا طوبى . ثم سعت البلاد للنثرية الى التحرر منها ورأت فى سعيها حتى فصلت الكنيسة عن الدولة . الا أن الدين بقى مصدرا تاريخيا للقوانين المتعلقة بالزواج بنوع خاص . أما البلاد الشرقية المسيحية فلا تزال قوانينها فى مسائل الأحوال الشخصية مصدرها قانون الكنيسة .

٧٢ - أثر الدين فى القوانين الشرقية

والأمر غير ذلك فى القوانين الشرقية . فالدين كصدر رسمى لهذه القوانين له حظ كبير . ويرجع ذلك الى مبينين مقابلين للدين الذين أوردناهما لتعليل ما للمسيحية من أثر ضئيل فى القوانين النثرية (أولا) لم ينتشر فى الشرق قانون كالتأثير الرومانى ويستقر فيه حتى يستوى على الدين اختلاعه . (ثانيا) عرضت الأديان التي انتشرت فى البلاد الشرقية ، وأهمها الاسلام واليهودية ، لأمر الدنيا بالقدر الذى عرضت به لأمر الآخرة ، فاشتملت على دين وقانون .

لذلك كان الدين فى الشرق مصدرا خصباً تستمد منه القواعد القانونية . ففى اليهودية نرى كثيرا من القواعد تنظم روابط الأسرة

حظ الدين كبير فى القوانين النثرية ، عدم وجود ما يماثل القانون الرومانى فى الشرق

الاسلام واليهودية عرضا لشئون الدنيا

اليهودية والاسلام

والروابط المالية . أما الاسلام فهو دين وحولة . واذا كانت مصادر الشريعة الاسلامية أربعة : الكتاب والسنة والاجماع والقياس . فانه يمكن رد هذه المصادر الى مصدرين الدين (ويشمل الكتاب والسنة) والفقهاء (ويشمل الاجماع والقياس) . فاننا اقتصرنا على الدين ، رأينا الكتاب والسنة وقد عرضنا لتنظيم الروابط الاجتماعية في اقطعة واسهاب ؛ قيمها الشيء الكثير عن الزواج والطلاق والنسب والميراث والوصية والتجارة والبيع والعقود والمطرد وغير ذلك من روابط الأسرة وروابط المال والقوانين الجنائية وغيرها ، فكل قاعدة قانونية تؤخذ مباشرة من الكتاب أو السنة يكون مصدرها الرسمي هو الدين .

على أن الفقه الاسلامي قد بلغ من تقدمه أن ميز فقهاء الشريعة الاسلامية في القواعد التي استمدت من الدين ، بين ما هو ملزم قضاء وما هو ملزم ديانة وما يدخل تحت حكم القضاء ، أى بين القواعد القانونية والقواعد الدينية . فهناك قواعد دينية غير ملزمة قضاء ، كترك البيع عند صلاة الجمعة وكثنيذ الوعد بالمقد . وهناك قواعد قانونية غير ملزمة ديانة كعدم جواز ممانع الدعوى بعد مدة معينة أو مانع مسين .

التمييز بين ما هو ملزم قضاء وما هو ملزم ديانة في الفقه الاسلامي

٧٣ - مستقبل الشريعة الاسلامية كصدر للقانون

ومستقبل الشريعة الاسلامية كصدر للقانون يتوقف على أمرين : (أولاً) تعاون فقهاء الشريعة مع رجال القانون على التماس الشريعة الاسلامية نهضة تبيد اليها جذنها ، حتى تسير أحكامها ما استجد من الحاجات وما استحدثته المدنية من أمور لم تكن مدروسة من قبل : (ثانياً) ما تستطيعه هذه النهضة العلمية من توجيه المشرع توجيهاً يدفعه بالرجوع الى الشريعة الاسلامية ، ليستقي من أحكامها ما يعد متمشياً مع أحدث

فتح باب الاجتهاد

أخذ المخرج من الفقه الاسلامي

للبادئ، القانونية وأركانها ، وفي الشريعة الاسلامية الكثير من ذلك .

وعندنا أن الاجماع هو المصدر انحصار الذي يكفل تجديد الشريعة
الاسلامية على مر الأجيال ، فاذا تتبعنا تاريخ تطوره ، وقننا مستقبله على
ما فيه ، كان لنا أن نتوقع أن يكون الاجماع هو الباب الذي يدخل منه
التشريع ليكون مصدرا رسميا للشريعة الاسلامية .

الاجماع هو الكفيل
بجديد الفريضة
الاسلامية

٢ - المديحه كصدر رسمي للقانون المصري

قبل عهد محمد علي : كان للدين أثر كبير في القانون المصري قبل
عهد محمد علي ، فكانت الشريعة الاسلامية — وأحد مصادرها هو الدين
كما قدمنا — هي التي تطبق في قانون الأسرة والروابط المالية . أما غير
المسلمين فكانوا يخضعون في أحوالهم الشخصية لقانون ملتهم .

من عهد محمد علي الى عهد اسماعيل : وقد بدأ تغلغل القانون الفرنسي
في مصر منذ عهد محمد علي . فبدأ بـ قانون التجارة وبعض قواعد القانون
الجنائي . وبقى نفوذ القانون الفرنسي يزداد ، ونفوذ الشريعة الاسلامية
يقلص ، الى عهد اسماعيل .

من عهد اسماعيل الى اليوم : وفي عهد اسماعيل وصل نفوذ القانون
الفرنسي الى قمته ، عند ما أنشئت المحاكم المختلطة ، ثم المحاكم الأهلية . ففي
ذلك العهد حل القانون الفرنسي محل الشريعة الاسلامية ، وأصدرت
الحكومة المصرية التقنينات الحالية ، القانون المدني والقانون التجاري
والقانون البحري وقانون المرافعات والقانون الجنائي وقانون تحقيق الجنايات
وقد أخذت كلها من التقنينات الفرنسية مختصرة مقتضية .

وبقي للشريعة الاسلامية دائرة الأحوال الشخصية . وقانون

الأحوال الشخصية هو مجموع القواعد التي تحدد علاقة الشخص بأفراد أسرته ، من وقت ميلاده الى وقت موته . فالنسب والنفقة والرضاعة والحضانة والزواج والطلاق واليراث والوصية كل هذه تدخل في الأحوال الشخصية .

على أن الشريعة الاسلامية مصدر لبعض مسائل في القانون المدني متعلقة بالمال وخرجة عن دائرة الأحوال الشخصية . ومن هذه المسائل ما يؤخذ مباشرة من الشريعة الاسلامية ، كالوقف والحكر والمبة ، ومنها ما ورد فيه تشريع مصرى مأخوذ من الشريعة الاسلامية ، كالشفعة والبيع في مرض الموت والخبث وبعض مسائل في البيع والايجار .

الفصل الثالث

فواهر الصرامة والقانون الطبيعى

٧٤ - ظهور فكرة القانون الطبيعى في الأزمان المتعاقبة

القانون الطبيعى
الثابت

رأينا فيما قدمناه أن فكرة القانون الطبيعى . كانت تظهر في كل زمن مصطبغة بصبغة أو بأخرى . فكان القانون الطبيعى عند اليونان فلسفة ، وعند الرومان قانونا ، وفي القرون الوسطى دينا ، وفي المصور الحديثة سياسة .

ورأينا كذلك أن فكرة القانون الطبيعى الثابت الذى لا يتغير لا في الزمان ولا في المكان قد فقدت قيمتها كفكرة علمية صحيحة ، وحل محلها فكرة القانون الطبيعى ذى الحدود للتغيرة ، وقد انتصر لهذه الفكرة الأخيرة كثير من التقهاء في العصر الحاضر .

القانون الطبيعى ذو
الحدود المتغيرة

فكرة القانون الطبيعي اذن ، بشكل أو بآخر ، كانت ولا تزال موجودة في كل المصور ، لم يحل منها عصر حتى في وقتنا هذا .

٧٥ - أثر القانون الطبيعي وقواعد العدالة في القوانين المصرية

القانون الروماني

وقد تأثر القانون الروماني بقواعد العدالة والقانون الطبيعي تأثرا كبيرا . فتكون قانون بني على هذه القواعد ، وكونه القضاة الرومانيون ، الى جانب القانون للدني المتبع . فوجد القانونان للدني والبريطوري جنبا الى جنب ، ثم امتزجا ، أحدهما بالآخر ، على النحو المعروف في تاريخ القانون الروماني .

الشريعة الاسلامية

وتأثرت الشريعة الاسلامية كذلك بقواعد العدالة من طريق الأخذ بالرأى . ومنرى كيف أن الفقه الاسلامي انقسم الى مدرستين ، مدرسة أهل الرأى وعلى رأسها أبو حنيفة ، ومدرسة أهل الحديث وعلى رأسها مالك . وكان للرأى أثر كبير في تكوين الفقه الاسلامي .

الشريعة الانجليزية

وتأثرت الشريعة الانجليزية أخيرا بقواعد العدالة ، ومنرى كيف أنشى ديوان المستشار ترفع اليه المظالمات من جمود القانون الانجليزي المتبع وضيقه ، فيطبق للاستشار قواعد العدالة ، وكيف تكون الى جانب القانون القديم قانون جديد يقوم على مبادئ العدالة ، ثم اختلط القانونان أحدهما بالآخر .

٧٦ - أثر القانون الطبيعي وقواعد العدالة في القوانين المصرية

القانون المصري
والقوانين العربية

والقوانين الحديثة كالتقدمة تتأثر الى حد كبير بقواعد العدالة ومبادئ القانون الطبيعي . وفي القانون المصري نصوص قضى بأنه عند سكوت القانون أو إبهامه أو قصه فلي القاضي أن يرجع الى قواعد العدالة

والقانون الطبيعى . ويقضى القانون السويسرى وغيره من القوانين الغربية
بمثل ذلك .

٧٧ — تطبيقات مختلفة

وقد طبقت المحاكم المصرية قواعد المدالة ومبادئ القانون الطبيعى
في حالات مختلفة نذكر منها الملكية الأدبية والفنية والصناعية ونظرية
التصنف في استعمال الحق ونظرية تحمل التبعة ونظرية الظروف الطارئة .

٧٨ — الملكية الأدبية والفنية والصناعية

لا يوجد حتى الآن في القانون المصرى نصوص تنظم هذا النوع من
الملكية على أهميته . وقد أشارت بعض نصوص القانون المدنى والقانون
الجنائى الى وجود ملكية أدبية وفنية وصناعية ، ولكنها أشارت في الوقت
ذاته الى قانون يصدر لتنظيم هذه الملكية ، وهذا القانون لما يصدر . لذلك
تلتجىء المحاكم المختلطة والمحاكم الأهلية الى القانون الطبيعى وقواعد المدالة
لحماية المؤلف والفنان وصاحب الملكية الصناعية ، فتقضى بتعويض على
كل من يتعدى على حرمة هذه الملكية .

قضاء المحاكم

وهناك مشروع أعدته الحكومة المصرية لحماية الملكية الأدبية ولكنها
مترددة في إقراره ، اذ تخشى أن تضع قيودا مرهقة على الحركة الأدبية
الناشئة من طريق حماية المؤلفات الأجنبية .

مشروع قانون

٧٩ — نظرية التصنف في استعمال الحق

أصبحت هذه النظرية مستقرة في القضاء المصرى استقرارها في
القضاء الفرنسى . والجديد في هذه النظرية أنها تجمل من يقتصر على
استعمال حقه ، ولكنه يتصرف في هذا الاستعمال ، مسئولاً عما أصاب به الغير

بسط للنظرية

من الضرر . وقد كان خصوم النظرية يأخذون عليها أنها ترتب مسؤولية على شخص قد اقتصر على استعمال حقه ، ولم يتجاوز حدود هذا الحق . فأنت النظرية تقرر أن الحقوق ليست مطلقة ، بل مقيدة بالفرض الاجتماعي الذي وجدت من أجله . فإذا استعمل صاحب الحق حقه في غير هذا الفرض وأضر بالغير ، وجب تعويض هذا الضرر . وليس تقييد الحقوق بما رسم لها من أغراض اجتماعية إلا تطبيقاً لمبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة .

ومن الأمثلة على التمسك في استعمال الحق تمسك المالك في استعمال أمته عليها حق ملكيته كمن يبني جداراً عالياً يحجب الضوء والهواء عن جاره دون أن يكون له فائدة من ذلك ، وتمسك صاحب العمل في فصل عامل لسبب غير مشروع أو في وقت غير لائق ، وتمسك المتقاضين في رفع الدعوى الكيدية ونحو ذلك .

٨٠ - نظرية تحمل النفع

وهذه نظرية تأخذ بها بعض المحاكم المصرية ، وتبنيها على مبادئ مبدأ القانون الطبيعي وقواعد العدالة . والأصل أن الشخص لا يكون مسؤولاً إلا إذا ثبت خطأ في جابه . أما إذا لم يثبت هذا الخطأ ، فهو غير مسئول عما يحدثه من الضرر للغير . وهذه هي نظرية المسئولية التقصيرية . إلا أن تقدم المدنية ، وانتشار المحترقات الميكانيكية من آلات صناعة ومركبات نقل ونحوها كان من شأنه أن جعل في يد الإنسان أشياء جمة النفع شديدة الخطر ، فإذا استفاد مما تعود به عليه من النفع ، فمن العدل أن يتحمل قيمة ما تحدثه للغير من الضرر ، حتى لو لم يثبت خطأ في جابه ، والفرق بالنسبة .

ومن الأمثلة على نظرية تحمل التبعة حوادث النقل واصابات العمال ،
ونحو ذلك .

امثلة عليها

٨١ - نظرية الحوادث الطارئة

وهذه نظرية أخذت بها محكمة استئناف مصر الأهلية ، ولكن
محكمة النقض لم تأخذ بها . وهي نظرية عادلة ، يمكن ارجاعها الى مبادئ
القانون الطبيعي وقواعد العدالة . والأصل أن الملتزم لا يعنى من تنفيذ
التزامه الا اذا أصبح تنفيذ هذا الالتزام مستحيلا بقوة قاهرة . والقوة
القاهرة حادث لا يتوقع حصوله ، ولا يمكن دفعه اذا وقع ، ويجعل تنفيذ
الالتزام مستحيلا . فاذا كان الحادث الطارئ لا يجعل تنفيذ الالتزام
مستحيلا ، فهو لا يعنى المدين من التزامه ، حتى ولو كان هذا التنفيذ قد
أصبح مرهقا عسيرا . وهذا للشطر الأخير من النظرية غير عادل . فقواعد
العدالة تقضى بأنه اذا تغيرت الظروف ، وجد حادث طارئ لم يكن
متوقفا وكان من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين ، وجب
تخفيف وطأة هذا الارهاق فيعنى المدين من بعض التزامه . وهذا ما تقضى
به نظرية الحوادث الطارئة . وقد أخذت بها المحكمة الادارية العليا في
فرنسا في قضية ثبت فيها أن شركة النور بمدينة بوردو كانت قد تهمت
بتوريد النور بسعر معين ، ثم نشبت الحرب الكبرى فارتفع سعر الفحم
ارتفاعا فاحشا ، وأصبح إلزام الشركة بتوريد النور بالسعر المتفق عليه
مرهقا لها . وأخذت محكمة استئناف مصر الأهلية بالنظرية في قضية ثبت
منها أن تاجرا تهمد بتوريد حبوب لمصلحة الحدود بسعر معين ، وقت ان
كانت التسمية الاجبارية قائمة ثم ألغيت هذه التسمية ، فارتفع سعر
الحبوب الى خمسة أمثاله . وأصبح تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين .

بسط النظرية

امثلة عليها

الفصل الرابع

التشريع

٨٢ - أهمية التشريع في العصر الحاضر

إذا كانت المصور القديمة هي عصور العادات والدين . فإن العصر الحديث هو عصر التشريع فالتشريع هو أم مصدر للقانون الحديث . والهيئة التشريعية في الدولة الحديثة أكثر ما تكون عملا . واشد ما تكون نشاطا . وقد تناقصت أهمية للمصادر الأخرى بالفكر الذي تزايدت به أهمية التشريع .

ويرجع ازدياد أهمية التشريع الى عوامل مختلفة منها : أسباب أهمية التشريع

(أولا) توطد سلطة الدولة وتركيزها . فلم يعد هناك منافسون أقوياء للدولة . كما كان الأمر في المصور الوسطى . اذ كان النبلاء في العهد الاقطاعي ، وكانت الكنيسه في المصور الوسطى ، ينتهزون من سلطان الدولة ، ويقتسمون معها نفوذها .

(ثانيا) نشأ الديمقراطية مما جعل في الدولة هيئة معلة للتشريع الديمقراطية هي في نشاط متزايد .

(ثالثا) النزعة الحديثة الى الاشتراكية ، أي الى تدخل الدولة في الشؤون الأفراد لتنظيمها ، وليس لدى الدولة وسيلة الى هذا التنظيم غير التشريع . فكثير من الشؤون كالتملم وسائل المال واسحاتف للرعى والسجزة ، كانت تعتبر قبلا من شؤون الأفراد الخاصة ، وهي اليوم تعتبر

من مهمات الدولة الأساسية . تصدر فيها التشريع تلو التشريع .

سهولة التشريع

(رابعا) سهولة التشريع بالإضافة الى المصادر الأخرى . فان للشرع يستطيع بحجة قلم أن يسن تشريعا عاجلا وأن ينسخ تشريعا قاسدا . أما العادات وغيرها من المصادر الأخرى فبطيئة في تطورها ، وهي اذا استقرت صعب التخلص منها بعد ذلك .

دائرة التشريع

ويتناول التشريع الآن دائرة واسعة من الروابط القانونية . على أن المشرع لا يعرض لروابط القانون الخاص الا بقدر ، وهو في تعرضه لها انما يقر ما تعودته الناس في معاملاتهم ، ويحدد شكل التعامل أكثر مما يعرض لموضوعه .

قوة التشريع الحقيقية

على أن للشرع لا يخلق القانون خلقا كما قد يتوهم . فهو يستمد مادة تشريعه من عادات الناس ومن معتقداتهم ومن للثل العليا التي يترسخها طبقا لمدينة عصره ومن الحاجات المسلية والضرورات الاقتصادية . وكل ما يفعل للشرع هو أن يضع القاعدة القانونية التي استمد مادتها من هذه المصادر المختلفة في الفاظ من عنده . ويعطى القاعدة قوة رسمية ملزمة . ومن هنا يختلف التشريع من المصادر الأخرى في أنه مصدر للمعنى واللفظ لا للمعنى فقط .

٨٣ - مقارنة التشريع بالمصادر الأخرى

للتشريع مزايا اذا قورن بالمصادر الأخرى نذكر منها ما يأتي :

عدم السريان على الماضي

(أولا) القانون الذي يكون مصدره العادات أو القضاء ، فلا يكاد يعرف الا وقت تطبيقه ، ومن ذلك يكون لهذا القانون ضرب من السريان على الماضي .

(ثانيا) يجوز إلغاء التشريع بتشريع مثله ، أما القواعد القانونية التي تستمد من مصادر أخرى فمن الصعب نسخها بغير التشريع وان تلك كانت أكثر بطلا في تطورها .

(ثالثا) التشريع يضع قواعد عامة ، أما القضاء وغيره من المصادر وضع قواعد خاصة الأخرى فقواعدها تنصرف في أكثر الأحوال الى مسائل تفصيلية ، دون ان تسو الى دائرة القواعد العامة .

(رابعا) يسهل الرجوع الى التشريع . فالقواعد القانونية للتمتع سهولة الرجوع الى التشريع من التشريع معروفة معنى ولفظا ، ولا يقع الخطأ في وجودها ، وان أمكن الخطأ في تفسيرها . أما القضاء وغيره من المصادر الأخرى ، فمن الصعب استخلاص ما تولده من القواعد القانونية ، فالتك هنا يكون في وجود القاعدة القانونية لا في تفسيرها .

وتتكلم في سن التشريع ، وتجيده ، ونطقه من حيث المكان والزمان ، وتفسيره ، والناتج .

المبحث الأول

سن التشريع

٨٤ - ما هو سن التشريع .

سن التشريع عمله . والتشريع من عمل الهيئة التشريعية في الدولة . يحسم الموضوع وتتكلم في المبادئ العامة في سن التشريع .

١- المبادئ العامة في سن التشريع

٨٥ - الهيئة التشريعية

يؤكل من التشريع الى الهيئة التشريعية . والهيئة التشريعية في كل دولة يحددها دستورها وهي قارة تكون فردا مستندا كما في الملكية المطلقة ، وطورا تكون مجلسا أو مجالس نيابية أو غير نيابية ، يشاركها رئيس الدولة (امبراطورا كان أو ملكا أو رئيس جمهورية أو غير ذلك) .

نوع الهيئة التشريعية

٨٦ - تدرج التشريع

والتشريع أنواع متدرجة . ففي القمة التشريع الدستوري ، ويليه التشريع الصادر من الهيئة التشريعية الرئيسية ، ويليه التشريع الصادر من الهيئات التشريعية الفرعية .

فالتشريع الدستوري هو التشريع الأساسي الذي يضع نظام الدولة ، ويحدد علاقة السلطات العامة بالأفراد وعلاقتها بعضها ببعض الآخر .

التشريع الاساسي

والتشريع الصادر من الهيئة الرئيسية هو مجموعة من القوانين تنظم الروابط الاجتماعية . ويجب أن تكون خاضعة للتشريع الدستوري وفي حدود دائرتها . فالتشريع الذي يصطدم مع المبادئ الدستورية يكون تشريعا باطلا .

التشريع الرئيسي

والتشريع الصادر من الهيئات الفرعية هو تشريع تفصيلي يطبق التشريع الصادر من الهيئة الرئيسية بتفويض من هذه الهيئة . مثل ذلك الموائح وللراسيم والقرارات التي تصدر من هيئات تنفيذية يفوض اليها أمر تنظيم بعض المسائل التفصيلية الواردة في التشريع الصادر من الهيئة

التشريع الفرعي

الرئيسية ، ويخضع التشريع الفرعى للتشريع الرئيسى خضوع التشريع الرئيسى للتشريع الأساسى والمحتوى . فلا يجوز أن يصطلم التشريع الفرعى مع التشريع الأساسى ، والا كان باطلا .

٨٧ — رقابة القضاء على التشريع

ونرى من ذلك ان التشريع أنواع متعددة ، تخضع كل درجة للدرجة التى فوقها ، ومن ذلك تنشأ مسألة دستورية القوانين . ويراد بذلك ان التشريع متى يكون صحيحا يجب الا يصطلم بنشر من درجة أعلى ، فاذا اصطلم به كان غير صحيح أو غير دستورى . ولكن هل يستطيع القضاء أن يقرر بطلان تشريع جاء على هذا النحو ، أو بمبارة أخرى هل للقضاء رقابة على دستورية القوانين ؟

تختلف البلاد اختلافا بينا بالنسبة لموقعها من هذه المسألة فمنها ما يعطى للقضاء سلطة تامة فى الرقابة على دستورية القوانين كالولايات المتحدة الأمريكية ، فان المحاكم هناك لما أن تقرر بطلان أى تشريع تراه مصطلما مع نصوص الدستور ، وكثيرا ما تستعمل المحاكم هذا الحق ، حتى قيل أن حكومة الولايات المتحدة الأمريكية هى حكومة القضاء ، ويرجع السبب فى ذلك غالبا الى أن الولايات للتحدة الأمريكية مجموعة من الولايات يتمتع كل منها بقسط كبير من الاستقلال الذاتى ، فاذا صدر تشريع وجب أن يصدر وفقا للدستور الذى ربط هذه الولايات . وهناك بلاد كفرنسا ومصر ، لا تعترف للمحاكم بالرقابة على دستورية القوانين الا فى حدود معينة تقع بالنسبة للتشريع الصادر من الهيئات الفرعية ، وتضيق بالنسبة للتشريع الصادر من الهيئات الرئيسية ، وذلك احتراماً لبدا فصل السلطات .

مسألة دستورية
القوانين

رقابة المحاكم

رقابة المحاكم

٨٨ - كيفية تحضير التشريع وسن

التشريع الاساسى

أما التشريع المستورى فتارة يكون منحة السلطان لشعبه ، ويصدر في شكل أمر رئيس الدولة . وطورا يعتبر ملزما للسلطان وللشعب معا ، ويصدر في شكل أمر من رئيس الدولة كذلك أو يكون من عمل هيئة تنوب عن الشعب تسمى عادة بالجمعية الوطنية . فإذا كان الدستور منحة من السلطان اطبق هذا على رأى الفيلسوف هيز ، وإذا كان ملزما للسلطان وافق هذا رأى الفيلسوف لوك ، وإذا أصدرته جمعية وطنية تسمى هنا مع رأى الفيلسوف روسو ، وقد سبقت الإشارة الى هذه الآراء الثلاثة .

التشريع الرسمى

أما التشريع الصادر من الهيئة الرئيسية فيمر عادة بمراحل ست : التحضير ، والتصويت ، والتصديق ، فالاصدار ، والتنفيذ . تبدأ الهيئة المختصة بتحضير التشريع الذى اقتضته الحاجة . ثم يعرض على المجالس التشريعية لمناقشته والتصويت عليه . فإذا تم ذلك عرض مشروع القانون على رئيس الدولة لتصديق عليه . حتى اذا ما صدق عليه أصبح قانونا . وبعد التصديق يأتى دور الاصدار ، واصدار القانون هو اعلانه ، ويكون ذلك عادة بوضع صيغة الاصدار أى اعلان وجود القانون والأمر بتنفيذه ، ثم يأتى دور النشر في جريدة رسمية حتى يعلم به جمهور الناس ، ثم تسمى مدة من الزمن بعدها يعتبر الناس عالمين بالقانون فيصبح قانونا نافذا .

التشريع الفرعى

والتشريع الصادر من الهيئات الفرعية متنوع تنوع الهيئة التى أصدرته ، فتارة تكون السلطة التنفيذية الرئيسية ، وتعتبر في هذه الحالة سلطة تشريعية فرعية فوض اليها أمر التشريع في مسائل معينة ، وتارة تكون ادارة من ادارات السلطة التنفيذية ، أو ادارة محلية ونحو ذلك .

٢- سن التشريع في مصر

تاريخ الهيئة التشريعية

٨٩ - الهيئة التشريعية في مصر

عندما كانت مصر جزءاً من الامبراطورية العثمانية يتولى أمورها وال من أسرة محمد علي ، كان هذا الوالي هو الهيئة التشريعية ، وبقى الأمر كذلك الى آخر عهد اسماعيل ، حيث أنشئ مجلس النظار ، فلا تكون القوانين صحيحة الا اذا أمضى عليها الناظر أو النظار المختصون . وفي أول عهد توفيق أعطى للملاد نظام نيابي لم يدم طويلا اذ قامت الثورة العرابية . وبعد أن احتلت الانجليز مصر جعلت السلطة التشريعية في يد الخديوي ومجلس نظاره يماونهما مجلسان نيابيان ، مجلس شورى القوانين والجمعية السومية ، وكان رأى الهيئة الأولى استشاريا ، أما الجمعية السومية فرأيها قطعي في الضرائب . وقبيل الحرب الكبرى (سنة ١٩١٣) عدل هذا النظام واستبدل به هيئة نيابية واحدة هي الجمعية التشريعية ، وكان رأيها استشاريا كذلك في القوانين وقطعيا في الضرائب ، وعطلت الجمعية التشريعية مدة الحرب وبسطها الى ان اعلن تصريح ٢٨ فبراير سنة ١٩٢٢ ، حيث تقرر أن يكون لبلاد نظام نيابي ، فصدر دستور سنة ١٩٢٣ يجعل السلطة التشريعية في يد مجلسين ، مجلس النواب ومجلس الشيوخ ، وجعل الحقبة للمصرية ملكية وراثية ، ورئيس الحقبة للذكور ، وهو يشترك في السلطة التشريعية . وقد عدل دستور سنة ١٩٢٣ بصور دستور سنة ٣٠ ، ولكن هذا الدستور الأخير ألغى في السنة الحالية ، ولا تزال البلاد ترقب عودة دستور سنة ١٩٢٣ . ويتولى السلطة التشريعية مؤقتا للذكور مع مجلس وزرائه .

٩٠ - تخرج التشريع في مصر :

وفي مصر التشريع متدرج على النحو الذى أوضحناه . فالتشريع المستورى هو القانون الأساسى للبلاد ، ويليه فى القوة التشريع الصادر من مجلس النواب والشيوخ مصدقا عليه من الملك . ثم يلى ذلك الراسم التى يصدرها مجلس الوزراء فى مسائل تشريعية تفصيلية والقرارات التى يصدرها الوزراء وحكام الأقاليم والادارات المحلية . فيجب اذن التمييز بين المستور وهو الذى ينظم السلطات العامة ويصدر بأمر ملكى بمضى عليه من الملك ورئيس الوزراء ، والقانون يصدر بموافقة مجلس النواب والشيوخ وتصديق الملك ، والأمر الملكى ويصدر فيما هو من اختصاص الملك وحده أو هو وبعض الوزراء فيكون بمضى من الملك والوزير المختص ، والمرسوم أو الأمر المالى ويصدر بقرار من مجلس الوزراء بمضى عليه من الملك ، وقرار مجلس الوزراء ويصدر من مجلس الوزراء وحده دون أن يمضى عليه الملك ، والقرار الوزارى ويصدر من الوزير المختص وحده دون حاجة لموافقة مجلس الوزراء ، ثم لقرارات التى تصدر من مديرى الأقاليم ومحافظى المدين والادارات المحلية ونحو ذلك وهذه تصدر من الجهة المختصة وحدها دون حاجة الى موافقة الوزير .	المستور القانون الامر الملكى المرسوم أو الامر المالى قرار مجلس الوزراء قرار الوزارى قرارات محلية
---	---

٩١ - رقابة القضاء على التشريع فى مصر :

يمكن القول بوجه عام أن القضاء له رقابة كاملة على اللوائح والقرارات التي تصدر من الهيئات التشريعية القومية ، فينظر فى صحتها من ناحية الشكل ومن ناحية الموضوع معاً . أما التشريع الذى يصدر من الهيئة	الرقابة على التشريع القومى الرقابة على التشريع الرئيسى
--	---

على أن « القوانين والأوامر يكون معمولاً بها في جميع القطر المصري عند إعلانها من طرفنا بواسطة درجها بالجرائد الرسمية ، ويجب الإجراء بموجبها في كل جهة من جهات القطر المذكور من وقت الحظ بإعلانها ، وتعتبر تلك القوانين والأوامر معلومة لدى جميع أهالي القطر بعد إعلانها بالجرائد بثلاثين يوماً ، ويجوز تنقيص هذا الميعاد بمقتضى نص صريح في القوانين أو الأوامر المذكورة » . وجاء في المادة ٢٦ من دستور سنة ١٩٢٣ أن القوانين تكون نافذة في جميع القطر المصري بإصدارها من جانب الملك ، ويستفاد هذا الإصدار من نشرها في الجريدة الرسمية » . وصيغة إصدار القانون تكتب في صدره ، وتنفيذ أنه عمل بموافقة البرلمان ، ويوقع على القانون من الملك ومن رئيس الوزراء ومن الوزراء المختصين بتنفيذه ، ويؤمر فيه الوزراء المختصون بإجراء هذا التنفيذ . ومتى أصدر القانون نشر في الوقائع الرسمية ، وإذا لم ينص فيه على ميعاد لتنفيذ صار نافذاً بعد ثلاثين يوماً من نشره ، ويجوز تقصير هذا الميعاد أو منعه بنص خاص كما يجوز جعل القانون نافذاً من وقت نشره .

أما التشريع الصادر من الهيئات الفرعية فقد سبقت الإشارة إليها . التشريع الإداري

المبحث الثاني

جميع القوانين (التقنين)

٩٣ - ما هو التقنين - مزاياه وعيوبه

التقنين هو تجميع النصوص التشريعية الخاصة بفرع من فروع تشريع التقنين القانون ، وترتيب هذه النصوص وتبويبها ، بحيث يسهل على من يرجع إلى التقنين أن يجد القاعدة القانونية المطلوبة .

منزلة التقنين	والتقنين هذه المزية المتقدمة : سهولة البحث عن الأحكام القانونية
ضرد التقنين	بعد أن جمعت في كتاب واحد ، وفي هذا فائدة كبيرة للقضاء والمتقاضين ولجميع المشتغلين بالقانون . ولكن التقنين من شأنه أن يجهض القانون في نصوص مرتبة مبررة ، فيجهد على هذه النصوص ، والقانون كائن حتى ، لا يمكن قسره على الجلود بمنه من التطور .
ضرورة التقنين	على أن التقنين قد يكون ضرورياً إذا أريد توحيد القانون ، كما وقع ذلك في فرنسا وفي ألمانيا وفي سويسرا . ويكون ضرورياً كذلك إذا أريد ادخال قانون أجنبي ، كما وقع ذلك في مصر وفي تركيا .

٩٤ - تقنين الشرائع القديمة

القانون الروماني	والتقنين لا يكون في العادة إلا بعد أن يجتاز القانون مرحلة من النمو والتطور تجسده قابلاً للتجميع ، ونجمل هناك فائدة من تسجيله بعد بلوغه هذه المرحلة .
القانون الإنجليزي	وهنا ما وقع القانون الروماني ، فقد قن مرتين ، مرة عند نهاية المرحلة الأولى من نموه ، في الألواح الاثني عشر ، وأخرى عند نهاية المرحلة الأخيرة من نموه ، في تقنينات جوستينيان .
القانون الإنجليزي	وهنا ما وقع أيضاً ، بقدر محدود ، القانون الإنجليزي . على أن القانون الإنجليزي يستحي عادة على التقنين ، فإن مصدره الأساسي هو القضاء ، والقضاء لا يقن لأنه في تطور مستمر ، ويقوم مقام التقنين في القضاء بجميع الأحكام والسوابق القضائية وترتيبها وقبولها . على أن القانون الإنجليزي قد قن في بعض أجزائه ، كما في القوانين الخاصة ببيع البضائع وبالأوراق المالية وبالشركات ، ثم قننه بعض الفقهاء تقنيناً غير رسمي كما فعل جنكس ودأيس وحيتنن .

أما الشريعة الإسلامية فبقيت غير مقتنة ، الى أن أصدر الأتراك
تقنينهم المشهور في المجلة ، ولا تزال المجلة مطبقة في بعض البلاد العربية
كالعراق وسوريا . وقد قن المرحوم قديرى باشا الشريعة الإسلامية تقنيناً
غير رسمي في كتبه الشهيرة : مرشد الخيران في المساملات والأحوال
الشخصية والوقف .

٩٥ — حركة التقنين الحديثة

على أن الحركة القوية في التقنين بدأت في أوائل القرن التاسع عشر
بتقنينات نابليون المشهورة ، وأهمها التقنين المدني الذي صدر في سنة ١٨٠٤ ،
وصدرت بعده تقنينات أخرى في قانون المرافعات في سنة ١٨٠٦ ، وفي
القانونين التجاري والبحري في سنة ١٨٠٧ ، وفي قانون الاجرامات الجنائية
في سنة ١٨٠٩ ، وفي القانون الجنائي في سنة ١٨١٠ . ثم قن في العهد
الآخر فروع أخرى للقانون الفرنسي ، كالتقنين الخاص بتشريع العمل
والتقنين الخاص بالتشريع الزراعي .

وتلت التقنينات الفرنسية تقنينات أخرى كثيرة في البلاد الأوربية
التقنين النمساوي في سنة ١٨١١ ، والتقنين الإيطالي في سنة ١٨٦٥ ،
والتقنين العثماني (المجلة) في سنة ١٨٦٩ ، والتقنين السويسري في سنة
١٨٨١ ، والتقنين الألماني في سنة ١٩٠٠ ، والتقنين السويسري في
الانعامات في سنة ١٩١٢ .

واقترنت البلاد الشرقية أثر أوروبا في التقنين ، فصدر التقنين الهندي
الجنائي في سنة ١٨٦٠ ، والتقنينات المصرية في سنتي ١٨٧٥ و ١٨٨٣ ،
والتقنين السوداني الجنائي في سنة ١٨٩١ . وصدر في القرن الحاضر التقنين

الياباني والتفنين الصيني . والتفنين العراقي في العقوبات وفي المرافعات الجزائية .

وقوى المدونة
التشريحية في وجه
التفنين

٩٦ - أصول التفنين الحكيم

وقد عذب التفنينات الفرنسية في أوائل القرن التاسع عشر أن ظلت حركة تبشر بالتفنين . وقام في ألمانيا الفقيه تيبو ينساي بوجوب تفنين القانون الألماني . فتصدى له مافى زعيم المدرسة التاريخية ، ووقف في وجه التفنين وقفة عنيفة ، فكان ذلك سببا في تأخير التفنين الألماني نحو قرن ، إذ صدر هذا التفنين في آخر القرن التاسع عشر كما قدمنا . ولم تكن وقفة مافى إلا نتيجة طبيعية لمذهبه في القانون ، فهو يراه تطورا مستمرا والتفنين يقف من حركة هذا التطور . أما الفرنسيون فقد كانوا متأثرين في أول القرن التاسع عشر بنظرية القانون الطبيعي الثابت الأبدى ، فكان من المعقول أن يسلوا بخائفة التفنين بل بضرورته .

أصول التفنين الصالح

على أن الواقع من الأمر أن التفنين له مزايا وله عيوب كما قدمنا ، فمن المخالاة التعصب له أو عليه . ولكن مزاياه ترجح عيوبه إذا كان حكيما . وأهم أصول التفنين الحكيم أن يتجنب التعريينات المطية ، ويترك الحوض في التفصيلات الجزئية ، ويقتصر على وضع قواعد عامة ومساير قانونية ، تكون من المرونة بحيث تترك للقاضي عند تطبيقها محالا لوضع الحلول المناسبة لظروف كل قضية ، ولا تحبس القانون في نصوص جامدة تقف به دون التطور .

المهمة المحيطة بالتفنين

والواجب أن نفهم مهمة التفنين على الوجه الصحيح ، فليست هذه المهمة تسجيل قواعد قانونية ثابتة لا تتغير ، فإن التفنين لا يلبث أن يتم حتى يقوم إلى جانبه من القواعد العقوبة والقضائية ما يكاد يغطي على القواعد

التي سجلها التقنين إنما يراد بالتقنين أن يكونوا مفتاحا للبحث يجعل الشور على القواعد القانونية سهلا ، على أن يكمل البحث بالرجوع الى المصادر الأخرى وأهمها الفقه والقضاء . فإذا كانت هذه هي مهمة التقنين ، فلا شك في أنه قد أسدى خدمة جليلة في هذا السبيل ، ولا ينكر أحد أن التشريع للفن أسهل في بحثه من القانون « غير للكتوب » الذي يجب أن تلمس أحكامه في السوابق القضائية للتكدسة أو في كتب الفقه الراسمة .

على أن التقنين ، حتى يحتفظ بفائدته ، يجب مراجعته من وقت لآخر ، حتى يكون متمشيا مع حالة القضاء والفقه . أما التقنين الذي لا يراجع فلا يلبث أن يصير قديما ، لا يبر عن حالة القانون الحقيقية ، وقد يكون ضرره أشد من نفعه ، إذ يصبح خطا .

٩٧ - التقنينات المصرية :

ونأتي الآن بكلمة موجزة عن حركة التقنين في مصر . لم تكن مصر تعرف تقنيناً صحيحاً قبل عهد الإصلاح القضائي . ولم تطبق المجلة المئانية لاستقلال البلاد استقلالا قضائيا من دولة الخلافة . والتقنين في مصر جاء تابعا لحركة انشاء المحاكم ، فكلما أنشئ نوع نظام من هذه المحاكم تبع ذلك أن يوضع لهذا النوع تقنيناته التي يطبقها . بدأت هذه الحركة بإنشاء المحاكم المختلطة فوضعت التقنينات المختلطة ، ثم نظمت المحاكم الشرعية فوضعت لها لائحة عدلت بعد ذلك غير مرة ثم أنشئت المحاكم الأهلية . وجاء بعد ذلك دور المجالس الحسبية فوضعت لها لائحة تلتها لائحة أخرى .

التقنينات المختلطة

كان أول التقنينات المصرية اذن هي التقنينات المختلطة . كان اسماعيل عند ما فكر في اصلاح نظام الامتيازات الأجنبية بإنشاء المحاكم المختلطة ، ووافقت الدول الأجنبية على انشاء هذه المحاكم بعد مفاوضات طويلة شاقة ،

كان من المتفق عليه أن تطبق هذه المحاكم تقنيات تؤخذ من التقنيات الفرنسية ، إذ أن هذه التقنيات كانت في ذلك العهد أقرب متناولا وأبعد شهرة وأقرب الى التطبيق على الجاليات الأجنبية في مصر من سائر التقنيات. فكلف نوبار أحد المحامين الفرنسيين المقيمين في مصر ، الأستاذ مونوري ، وكان سكرتيرا له وسكرتيرا للجان الدولية التي انعقدت في القاهرة لتحضير لائحة المحاكم المختلطة ، بوضع ستة تقنيات على غرار التقنيات الفرنسية ، فوضع التقنين المدني والتقنين للتجاري والتقنين البحري وتقنين المرافعات والتقنين الجنائي وتقنين الاجرامات الجنائية وأخذها كلها من التقنيات الفرنسية التي سبقت الإشارة إليها ، مع إيجاز يصل في بعض الأحيان الى حد الاقتصاص ، وقد أخذ في بعض السائل بأحكام الشريعة الإسلامية كما في الشفعة وفي بيع المريض مرض الموت وفي بعض مسائل البيع والايجار كما سبقت الإشارة الى ذلك . وقد تم وضع التقنيات المختلطة في سنة ١٨٧٥ ، وهي تطبق حتى اليوم ، بعد أن أدخلت عليها تعديلات جريئة لا تغير من جوهرها .

وقد كان الربع الأخير من القرن التاسع عشر يشتمل على حركة إصلاح قضائي واسعة المدى في مصر فبعد انشاء المحاكم المختلطة فكروا ولو الأمر في إعادة تنظيم المحاكم الشرعية ، فصدرت لائحة سنة ١٨٨٠ . ثم حلت مكانها لائحة أخرى في سنة ١٨٩٧ . وحلت مكان الثانية ثالثة صدرت في سنتي ١٩٠٩ و ١٩١٠ .

لائحة ترتيب المحاكم
الشرعية

وقد عدلت هذه اللائحة الثالثة عدة مرات في بعض أحكامها ، وآخر تعديل لها كان في سنة ١٩٣٩ ، وهو التعديل للوصول به الى الآن . ولائحة ترتيب المحاكم الشرعية هي في أساسها تقنين لاجرامات المرافعات التي يجب

اتباعها أمام المحاكم الشرعية ، وقد أخذت عن تقنين للرافعات الذى تطلقه المحاكم المختلطة والمحاكم الأهلية ، وهذا التقنين مأخوذ من التقنين الفرنسى كما تقدم . على أن اللائحة تتضمن عنا إجراءات للرافعات ، بعض أحكام موضوعية مكانها الطبيعي هو التقنين المدنى لا تقنين للرافعات . وكان للمقول أن يكون للمحاكم الشرعية تقنيتان ، الأول موضوعى وهو التقنين للمدنى ويتضمن أحكام الشريعة الاسلامية فى الأحوال الشخصية مقننة رسميا ، والثانى شكلى وهو تقنين للرافعات ، وهذه هى لائحة الاجراءات التى بين أيدينا .

وقد دعا إنشاء المحاكم المختلطة ولاية الأمر الى تنظيم القضاء بين المصريين على الأسس التى نظم بها القضاء بين الأجانب ، فأنشئت المحاكم الأهلية ، وقد صدرت أول لائحة لها فى سنة ١٨٨١ ، وشكلت لجنة لوضع التقنينات الأهلية كان رئيسها حسين خرى باشا ومن أعضائها قاضى النائب العموم لدى المحاكم المختلطة ، وموريونندو الايطالى ولو الانجليزى وكانا قاضيين بالمحاكم المختلطة ، وبطرس غالى باشا وكان وكيل نظارة الحفانية . وقد وضعت هذه اللجنة التقنينات الأهلية منقولة عن التقنينات المختلطة ، ويكاد النقل يكون حرفيا . وكلف قاضى بوضع التقنين الجنائى وتقنين الاجراءات الجنائية ، وموريونندو بوضع التقنين المدنى وتقنين للرافعات . ثم صدرت اللائحة الثانية لترتيب المحاكم الأهلية فى يونيو سنة ١٨٨٣^(١) . وهى اللائحة للممول بها الآن ، وصدرت التقنينات

(١) وقد يجب للباحت كيف أن قانونا أجنيا دخل مصر طرفة واحدة مع أن أعمار للفرصة التاريخية يهرون أن القانون ليس إلا نبع البيعة وثمره التطور . ولكن هذا اللجب يخف كثيرا اذا لاحظنا ما بأتى : (أولا) لم يمس للفرع للمرى الأحكام القانونية الا كترامالا بالنقض واليهتموالمستندات الدينية مقننة مسائل =

الأهلية بعد ذلك ، التقنين للدنى في أكتوبر سنة ١٨٨٣ وبقية التقينيات (المرافعات والتجارى والبحرى والجنائى والاجراءات الجنائية) في نوفمبر سنة ١٨٨٣ . وانتصحت المحاكم الأهلية في يناير سنة ١٨٨٤ . ولم يتفح من التقينيات الأهلية غير التقنين الجنائى وتقنين الاجراءات الجنائية في سنة ١٩٠٤ ومر على التقينيات الأخرى نصف قرن دون تنقيح ، الا بعض تعديلات جزئية ، مع أن وضعا الأصل لم يكن محكما ، وعيوبها الجوهرية كثيرة . وهناك لجنة شكلت منذ أكثر من عشرين سنة ، وعمل تشكيلها مرارا ، مهمتها تنقيح قانون المرافعات ، ولكنها لم تنته من مهمتها الا أخيرا . والتقنين للدنى في أشد الحاجة الى التنقيح ، بما جعله يسائر القضاء في مدى خمسين سنة ، ويتمشى مع القانون المقارن والحركة العلمية الحديثة ، ويرجعه الى مصدره الطبيعي وهو الفقه الاسلامى فيستمد من أحكامه ما يلائم البيئة والمدنية الحاضرة . وقد ألفت حديثا لجان لتعديل هذه القوانين .

لائحة ترتيب
المجالس الحسبية

ولما ألتى « بيت المال » نظمت المجالس الحسبية ، وصدرت لأئمتها في سنة ١٨٩٦ . وقد عدلت هذه اللائحة مرارا . ولكن التعديل الجوهري تم في سنة ١٩٢٥ اذ صدرت اللائحة المعمول بها الآن وقد وضعت النواة لتوحيد القضاء في الأحوال الشخصية ما بين المصريين جميعا

في الأحوال الشخصية للمعالم الدرجة والمجالس الحسبية . (ثانيا) وفى الأحكام الأخرى الخاصة بالمعاملات لم يكن دخول القانون الفرنسى طيرة واحدة كما يظن لأول وهلة . فمن عهد محمد على كانت القوانين الفرنسية تنسب الى مصر ، لا سيما في المسائل التجارية . ثم أن احتكاك الاجانب بالمصريين من جهود طويقة جعل قبول المصريين لقانون أجبي أمرا ممكنا ، على أن المشرع المصرى رجع في بعض المسائل المدنية الى الفريعة الاسلامية . هذا الى أنه لا يوجد تنافر بين في المعاملات بين أحكام الفريعة الاسلامية وأحكام القانون الفرنسى .

دون نظر الى اخلاق الدين . قد أصبحت لائحة المجالس الحسبية واختصاص هذه المجالس يمتد الى كل المصريين في مسائل الأهلية والوصاية والحجر ولائحة المجالس الحسبية خبط من أحكام موضوعية واجراءات ، وقد صدرت لائحة تنفيذية للاجراءات مكملة للائحة الأولى في سنة ١٩٢٥ ، وعدلت اللائحة الأولى في سنة ١٩٣١ . وتطبق المجالس الحسبية هذه التقنيات كما تطبق أحكام الشريعة الإسلامية فيما لم ينسخه نص في اللوائح .

المبحث الثالث

تطبيق التشريع

٩٨ - التطبيق في الملاء وفي الزمان :

تتكلم في تطبيق التشريع من حيث المكان ، وتطبيق التشريع من حيث الزمان وتطبيق التشريع من حيث المكان يبين مدى ما يتناوله التشريع في تطبيقه من حدود اقليمية . وهل يمتد الى كل رعايا الدولة صاحبة التشريع ، والى أى حد يمتد الى الأجانب أما تطبيق التشريع من حيث الزمان فيتضمن مدى ما يتناوله في تطبيقه من حدود زمنية ، وهل يمتد الى أفضية سابقة على صدوره فيكون له أثر رجعي . فتطبيق القانون من حيث المكان ومن حيث الزمان هو تحديد مدى تطبيقه من حيث الأشخاص ومن حيث الأفضية .

معنى التطبيق من حيث المكان

معنى التطبيق من حيث الزمان

١ - تطبيق التشريع من حيث المكان

٩٩ - القاعدة الأساسية هي وحدة القانون ووحدة المحكمة

القاعدة في القانون الحديث أن التشريع ، والقانون بوجه عام ،

يوحدة القانون
ووحدة المحكة
يطبق في حدود الدولة على جميع القاطنين في بلادها ، سواء كانوا وطنيين
أو أجانب . ويطبق القانون نوع واحد من المحاكم . فوحدة القانون
ووحدة المحكة هما أساس تطبيق التشريع من حيث للكان .

وتطبيقا لهذه القاعدة ترى لتشريع والقوانين الفرنسية تطبق على
جميع القاطنين في البلاد الفرنسية ، فمن ارتكب جريمة في فرنسا حوكم أمام
محكمة فرنسية ، ويطبق عليه القانون الجنائي الفرنسي ، سواء كان فرنسيا أو
أجنبيا ، ومن صدر منه تصرف مدني أو تجاري ونشأ عنه نزاع ، طرح
هذا النزاع على محكمة فرنسية ، ويطبق القانون المدني أو القانون التجاري
الفرنسي ، سواء كان الخصوم فرنسيين أو أجانب . فلا يوجد في فرنسا الا
محكمة واحدة هي المحكة الفرنسية ، والا قانون واحد هو القانون الفرنسي .
وكذلك الحال في سائر البلاد الفرنسية .

١٠٠ - استنتاجات من هذه القواعد

على انه يستنتج من قاعدة التطبيق الاقليسي للقانون بعض حالات
يكون التطبيق فيها شخصيا نذكر منها ما يأتي :

(١) ما تنص به قواعد القانون الدولي الخاص من وجوب تطبيق
قوانين أجنبية في بعض الأحوال ، كقانون الجنسية في مسائل الأحوال
الشخصية ، وقانون محل المقر في المسائل العقارية ، ونحو ذلك . الا انه
يلاحظ هنا ان القانون الأجنبي انما يطبق لأن القانون الوطني هو الذي
يقضي بهذا التطبيق ، فتطبيق القانون الأجنبي انما هو تطبيق للقانون
الوطني .

(٢) ما يقضي به القانون الجنائي في كثير من البلاد من امتداد
سلطانه الى جرائم ترتكب خارج حدود الدولة ، كما اذا كانت الجريمة
الجنائية

ضد أمن الدولة أو ضد قدها ، وكما اذا كان مرتكب الجريمة وطنيا ارتكبها خارج حدود بلاده وكانت الجريمة معاقبا عليها في البلاد التي ارتكب فيها ولم توقع عليه عقوبة في هذه البلاد .

قواعد خاصة
بالوطنيين

(٣) وهناك بعض قوانين لا تطبق الا على الوطنيين دون الأجانب ، اما لأنها تتضمن مزايا سياسية كالانتخاب والترشيح للهيئات العامة ، أو لأنها تفرض واجبات خاصة بالوطنيين لخدمة العسكرية .

١٠١ - تاريخ تطور القاعدة

على أن قاعدة التطبيق الاقليمي للنشر لم تكن مضطربة في مختلف المصور ، وهي غير مضطربة الآن في مختلف البلاد .

تطور القاعدة في
مختلف المصور

أما من حيث عدم اضطرابها في مختلف المصور ، فقد كان القانون الروماني في روما لا يطبق الا على الرومانيين دون الأجانب ، فكان التطبيق شخصيا لا اقليميا . ثم لما اتسمت الامبراطورية الرومانية صلا التطبيق اقليميا ، وطق القانون الروماني على القاطنين في حدود الامبراطورية . ولما تمزقت الامبراطورية الرومانية وانقسمت الى دول مستقلة ، رجع التطبيق شخصيا ، واستمر كذلك قرونا عديدة ، وصار القانون الروماني يطبق على السكان الأصليين ، وقانون كل قبيلة جرمانية من القبائل يطبق على أفرادها ، وذلك كله في البلد الواحد . فانا كان خصوم القضية لا ينتمون الى قانون واحد ، طبق قانون للدعى عليه . ثم امتزجت القوانين الجرمانية بالقانون الروماني ، وتوحدت القوانين في البلد الواحد ، وعاد تطبيق القانون اقليميا كما كان ، وأصبحت هذه القاعدة العامة في البلاد العربية كما قدمنا :

علم اضطراب القاعدة
في مختلف البلاد

أما من حيث علم اضطراب القاعدة في مختلف البلاد ، فإن كثيرا من البلاد الشرقية لا تعرفها ، بل إن القاعدة عندها هي شخصية التطبيق كما يلاحظ ذلك في مصر والهند والصين وسيام وبلاد المغرب والحبشة وغيرها من البلاد الشرقية . فيطبق قانون الدين في الأحوال الشخصية ، وقوانين الجنسية في السائل الجنائية وبعض السائل المدنية والتجارية . على أن النزعة الحديثة في البلاد الشرقية هي القضاء على التطبيق الشخصي للقانون واستبدال التطبيق الاقليمي به ، جريا على سنن المدنية الحديثة . وقد سبقت البيان الى ذلك ، ثم تلها تركيا ثم فارس . وتحاول مصر الوصول الى قاعدة التطبيق الاقليمي للقانون .

١٠٢ - الحالة في مصر (الجنسية والدينية)

والقاعدة في مصر هي أن القانون شخصي التطبيق . وقد دعا الى ذلك طملان ، الجنسية والدين . فالجنسية أوجبت محاكم للأجانب خاصة بهم وقوانين تطبق عليهم . والدين فرق بين المسلمين والمسيحيين واليهود وغيرهم من الطوائف المصرية فأوجد محاكم وقوانين للمسلمين غير المحاكم والقوانين التي لنير للمسلمين . وبعبارة أخرى ترجع قاعدة شخصية التطبيق في مصر الى الامتيازات الأجنبية والامتيازات الطائفية .

الجنسية
الدين

١٠٣ - الامتيازات الأجنبية

وقد كانت الامتيازات الأجنبية تقضى ، قبل انشاء المحاكم المختلطة ، بأن التشريع للمصرى لا يطبق على الأجانب الا اذا وافقت عليه الدول صاحبات الامتياز . وكانت تقضى كذلك بأن الأجنبي لا يتقاضى ولا يحاكم أمام محكمة مصرية ، بل كانت قنصلية هي المختصة في السائل الجنائية ومسائل

قبل انشاء المحاكم
المختلطة

الأحوال الشخصية والسائل المدنية والسائل التجارية. فإذا اختلفت جنسية المصوم تكون قسوية للمدعى عليه هي المختصة . فالقانون كان إذن شخصي التطبيق إذ كان القانون للمصري لا يطبق على الأجانب والمحاكم المصرية لا يتقاضى أمامها الأجانب . على أن القى قصت به الامتيازات الأجنبية في مصر لم تكن قسوية به في البلاد الثانية وهي البلاد التي امتدت إليها منها الامتيازات الأجنبية ، وذلك من وجهين .

(١) كان الأمر في تركيا أن قاعدة اختصاص محكمة المدعى عليه لا تطبق إذا كان أحد المصومين عثمانيا ، حتى لو كان مدعيا والمدعى عليه أجنبي ، والمحكمة المختصة في هذه الحالة هي المحكمة الثانية . أما في مصر فقد اضطربت القاعدة بحكم العادات للرعية لا بحكم المعاهدات ، وصارت قسوية المدعى عليه هي المختصة إذا كان أجنبيا ، حتى لو كان المدعى مصريا .

(٢) وكانت المسائل العقارية ، من تشريع وضرائب واختصاص قضائي ، خارجة من نطاق الامتيازات الأجنبية . ذلك أن الأجانب لم يسمح لهم بتملك عقارات في البلاد الثانية . ثم سمح لهم بذلك بقانون صدر في سنة ١٨٦٧ ، على أن يكونوا خاضعين في العقارات التي يملكونها لقوانين البلاد ولاختصاص محاكمها . أما في مصر فقد سمح للأجنبي بتملك العقار بحكم المادة . ثم أصبح يتمتع بامتيازاته في تملكه للعقار بحكم المعادة كذلك وكان الواجب أن يخضع الأجنبي في مصر في الشؤون العقارية لقوانين البلاد ولاختصاص محاكمها ، وكان الواجب كذلك أن تسرى عليه الضرائب العقارية دون حاجة إلى موافقة البورصايات الامتياز .

على أن شيئاً من ذلك لم يكن ، بل أن نوبار ، عند ما قارض الدول في تعديل الامتياز فاورضهم على أساس أن لهم كل هذه الامتيازات مع انكاره ذلك عليهم في مذكراته . وتقدم اليهم بمشروع يقضى بانشاء محاكم مختلطة ، تنتقل اليها اختصاصات المحاكم القنصلية في المسائل المدنية والتجارية والجنائية ، على أن تشكل هذه المحاكم من قضاة أجنبية وقضاة مصريين ، ويكون للأجانب الأعلوية . وقد عقدت بلان دولة متعددة لفحص مشروع نوبار ، وترددت الدول خوات الامتياز في الموافقة عليه وبالأخص فرنسا ، واحتج الباب العالي على دخول مصر في مفاوضات مع الدول الأجنبية ، وقامت عقبات لم يكن من السهل تذليلها ، ولكن اسماعيل ووزيره نوبار بذلا ما يستطيعان من جهد ، بعد أن فتح اسماعيل خزان الأموال ، وانتهى الأمر الى أن الدول وافقت على انشاء المحاكم المختلطة ، على أن ينتقل اليها اختصاص المحاكم القنصلية في المسائل المدنية والتجارية (إلا اذا كان الخصوم من جنسية واحدة والقضية غير عقارية) ، أما الاختصاص الجنائي فيبقى للمحاكم القنصلية الا في الحالات ،

فأصبحت المحاكم المختلطة تختص بما يأتي :

- (١) المسائل المدنية والتجارية اذا كان الخصوم فيها مختلعي الجنسية .
 - (٢) المسائل العقارية اذا كان أحد الخصمين أجنبياً حتى لو كان الخصم الآخر أجنبياً من نفس الجنسية .
 - (٣) الحالات التي تقع من الأجانب .
- وبقيت المحاكم القنصلية مختصة بما يأتي :

- (١) المسائل المدنية والتجارية اذا كانت غير عقارية وكان الخصمان فيها من جنسية واحدة .

(٢) مسائل الأحوال الشخصية .

(٣) المسائل الجنائية في غير المحاكمات .

على أن المحاكم المختلطة سارت على سياسة التوسع في اختصاصها ما استطاعت الى ذلك سبيلا . ويكفي أن نورد مثلين لتدليل على ذلك :

(١) أدخلت في اختصاصها كل أجنبي ، ولو لم يكن متسيدا لقوة من الدول قوات الامتياز . مع أنها محاكم أنشئت بموجب معاهدات بين مصر والدول قوات الامتياز ، فيجب أن يقتصر اختصاصها على دعاوى الدول قوات الامتياز ، أما فيما يتعلق بنيرم من الأجانب ، فإن الأمر يرجع الى نصابه ، ويكون التشريع المصري واختصاص المحاكم المصرية حاريا عليهم طبقا لقاعدة التطبيق المحلي . وصحنا حاول المشرع المصري أن يؤكد هذا المعنى بإدخاله تعديلا في صياغة المادة ١٥ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية في سنة ١٩٢٩ ، فأصبحت الفقرة الأخيرة تنص على ما يأتي :

« ويشمل الاختصاص المدني والجنائي للمحاكم الأهلية المصريين والأجانب الذين لا يكونون غير خاضعين لقضائهم في كل المواد الداخلة في اختصاصها أو في بعضها ينتمى معاهدات أو اتفاقات أو عادات » ،
فإن المحاكم المختلطة أثبتت إلا المعنى في طريقها ، وبقيت تمتد اختصاصها الى كل الأجانب ، سواء منهم المتمتعون بالامتيازات وغير المتمتعين .

(٢) وسعت المحاكم المختلطة كذلك اختصاصها الى حد كبير بفضل نظرية « المصالح المختلطة » . والأصل في هذه النظرية نص ورد في المادة ١٣ من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة ، وهو يقضى بأن مجرد حمل رهن

مقارى لصاحبة أجنبي على عين عقارية ، أيا تكن مالكها أو واضح اليد عليها ،
يجعل المحاكم المختلطة مختصة بالحكم فى صحة هذا الرهن وفى جميع نتائجها ،
ومنها بيع العقار جبريا وتوزيع ثمنه . فاختصت المحاكم المختلطة من هذا
النص أساسا لك اختصاصها الى مسائل ليست فى الواقع من اختصاصها .
من ذلك أنها جعلت نفسها مختصة فى حجز ما للمدين لدى الغير اذا كان
المحجوز لديه أجنبيا ، حتى لو كان كل من الحاجز والمحجوز عليه مصرى .
ومن ذلك أنها تعتبر الشركات المصرية خاضعة لاختصاصها متى كان بين
المساهمين أجنبي . بل انها اعتبرت المجلس البلدى بمدينة الاسكندرية خاضعا
لاختصاصها ، مع أن هذا المجلس ادلة مصرى ، وقد نص فى قانونه
الأساسى على أنه مصرى الجنسية ، وبنت دعواها على أن هذا المجلس
يدير مصالح أجنبية .

أما التشريع المصرى فكان لا يسرى على الأجانب ، حتى بعد
انشاء المحاكم المختلطة الا اذا وافقت الدول ذوات الامتياز عليه . فكان
اذن تشريعا شخصى التطبيق . ثم أدخل تعديل جوهرى على هذه القاعدة
فى سنة ١٩١٢ . ورضيت الدول ذوات الامتياز أن يسرى التشريع المصرى
على الأجانب ، بشرط أن توافق عليه الجمعية العمومية للحكمة الاستئناف
المختلطة (وينضم الى الجمعية العمومية قضاة ينتمون الى دول غير ممثلة فى
هذه الجمعية) ، وذلك فيما عدا لائحة ترتيب المحاكم المختلطة والتشريع المالى
(الضرائب) ، فالتعديل فى شئ من ذلك لا يسرى على الأجانب الا
بموافقة الدول ذوات الامتياز ، ولا تكفى موافقة الجمعية العمومية .

هنا هو الحال فى مصر الآن من قصور التشريع والقضاء
للمصريين عن تناول الأجانب . فالأجنبي فى مصر يتمتع بامتيازات تجعله

في مركز أسهى من مركز المصرى ، بينما أن الأجنبى فى البلاد الأخرى لا يرتفع الى مكان الوطنى . والحاكم المختلطة هى مسئلة الامتيازات الأجنبية تصونها وتقويها . وقد فرض أجل هذه الحاكم خمس سنوات تتجدد ، وقد تجددت مرة بعد مرة ، ثم انتهى الأمر الى أنها تبقى ، حتى اذا أرادت الحكومة المصرية إلغاؤها فلها ذلك بعد سنة من نشر مرسوم إلغاؤها فى الجريدة الرسمية ، وتعود الحال فى الامتيازات الأجنبية عندئذ الى ما كانت عليه قبل انشاء الحاكم المختلطة .

مشكلة الامتيازات
والخاصة المصرية
البريطانية

ومسألة الامتيازات الأجنبية من مشكلات مصر البارزة . وقد شغلت مكانا كبيرا فى المفاوضات التى دارت بين مصر وانجلترا فى مراحلها المختلفة منذ مفاوضات ملتر الى الآن . ويمكن أن نذكر هنا أن المشروعات المختلفة التى انتهت اليها المفاوضات المشار اليها مجمعة على أن « نظام الامتيازات القائم فى مصر لا يلائم روح العصر ولا حالة مصر الحاضرة » . وهناك مقترحات خاصة بالتشريع وأخرى خاصة بالقضاء . ففى التشريع أظهرت الحكومة البريطانية أنها مستعدة لتأييد مصر (فى مؤتمر يمتد قريبا للنظر فى الامتيازات الأجنبية) ، فى أن يكون التشريع المصرى نافذا على الأجانب ، بما فى ذلك التشريع المالى ، على أن يكون هذا التشريع غير مناقض للمبادئ التى يجرى العمل بموجبها عادة فى التشريع الحديث التى يسرى على الأجانب ، وأنه فيما يتعلق بوجه خاص بأى تشريع ذى صفة مالية ، لا يوجد تمييز غير عادل ضد الأجانب ، بما فيهم الشركات الأجنبية .

أما التسهيلات الخاصة بالقضاء فتلخص فى أن ينتقل الى الحاكم المختلطة اختصاصات الحاكم القنصلية التى سبق ذكرها ، وبذلك تلتفى الحاكم القنصلية ، وتقوى الحاكم المختلطة ، لاسيما بعد أن يضاف اليها الاختصاصات المتعلقة

بالمسائل الجنائية وبمسائل الأحوال الشخصية . وقد يكون نجاح المؤتمر القادم خطوة عملية نحو توحيد القضاء في مصر ولكن مع تحفظات ثلاثة :

(أولاً) يجب جعل القضايا العقارية من اختصاص المحاكم الأهلية دائماً ، ولو كان للتقاضون كلهم أجنبى ومن جنسية واحدة ، فإن الأجانب لم يخول لهم حق تلك المقارنات في البلاد الممثلة إلا بشرط خضوعهم لمحاكم البلاد كما فعلنا .

(ثانياً) ويجب اعتبار المحاكم المختلطة باختصاصاتها الجديدة محاكم استثنائية مؤقتة ، مصيرها الى الزوال ، ويمهد السبيل لادماجها بالمحاكم الأهلية ، حتى يتوحد القضاء في البلاد . وهذا ما قبلته بريطانيا مبدئياً في المعاهدة التي عقدتها مع مصر .

(ثالثاً) ويجب أخيراً ، في اللغة التي تبقى فيها المحاكم المختلطة ، أن يتقوى الناصر للصيرى فيها ، الناصر القضائى والناصر الادارى ، وأن تستعمل اللغة العربية في المرافعة وكتابة الأحكام الى جانب اللغة الفرنسية ، وأن يكون القضاء للصيريرى محائلي للقضاة الأجانب في عديم وفي حقوقهم^(١) .

١٠٤ - الامتيازات الطائفية

وبما يزيد مسألة القضاء فقيداً في مصر أن وجدت الامتيازات الطائفية ، وأساسها الدين ، الى جانب الامتيازات الأجنبية وأساسها الجنسية . فكما أن التشريع للصيرى والقضاء للصيرى لا يمتد الى الأجانب ،

أساسها الدين

(١) انظر كذلك بحثنا في المجلات البريطانية للمروضة على مصر بشأن الامتيازات الأجنبية ص ٦٨ - ٣٠ - ص ٤٩ - ص ٨٢ .

فان المصريين أنفسهم لا يخضعون جميعا لجهة قضاء واحدة . واذا كانت المحاكم الأهلية والمجالس الحسبية يخضع لقضائيا وتشريعا كل المصريين في دائرة المسائل المدنية والتجارية والجنائية ومسائل الأهلية والحجر ، ففي بقية مسائل الأحوال الشخصية لا يخضع المصريون لقضاء واحد وقانون واحد . فالدين هنا ، كالحسبية هناك ، سبب في تعدد جهات القضاء وفي تعدد القوانين : للسلمون يخضعون للمحاكم الشرعية والشرعية الإسلامية ، أما غير المسلمين فطوائف متعددة ، كل طائفة تخضع لمجلس ملتها وقانون هذا المجلس .

فالقانون هنا أيضا شخصي التطبيق يختلف باختلاف الدين . واذا كان من الواجب جعل القانون أقلية بالنسبة للأجانب ، فالأوجب جعله أقلية بالنسبة للمصريين أنفسهم . والأصلاح القضائي يستوجب أن يكون هناك قانون واحد ومحكمة واحدة لجميع القاطنين في مصر ، على اختلاف جنسياتهم وعلى اختلاف أديانهم .

وحق يمكن توحيد القانون وتوحيد المحكمة بالنسبة للمصريين في دائرة الأحوال الشخصية ، بمجرد بالمرع للمصري أن يسير في هذا الطريق خطوات متدرجة ، حتى يصل الى ما وصل اليه في مسائل الأهلية والحجر فقد وجد فيها القانون في لائحة المجالس الحسبية ، ووجدت فيها المحكمة بإنشاء هذه المجالس ، وأصبح المصريون جميعا خاضعين لقانون واحد وجهة قضاء واحدة في بعض مسائل الأحوال الشخصية . أما الباقي من هذه المسائل فالتوحيد فيه غير متصور ، اذ لا يجد من سلطان للشرع المصري امتيازات أجنبية ما دام التشريع للمصريين .

وزي أن تكون الخطوات المتدرجة للوصول الى التوحيد المنشود ثلثا :

مصدق اختصاص
المجالس المالية

(أولاً) يحدد المشرع المصري من اختصاص المجالس المالية ، بإرجاعها إلى اختصاصها الأصلي قبل أن تتوسع فيه . فإن هذه المجالس لم يكن لها إلا اختصاص تحكيمى فى أكثر مسائل الأحوال الشخصية . فتنقصر إذن فى اختصاصها القضائى على المسائل المتعلقة بالزواج والطلاق . أما المسائل الأخرى كالواريث والوصايا والهبات وغيرها فتكون من اختصاص المحاكم الشرعية ، اذ هى المحاكم العامة للبلاد فى مسائل الأحوال الشخصية . ومتى حدد اختصاص المحاكم المالية تحديداً دقيقاً ، فإنه يجب من قانون تام لهذه المحاكم بنظمها وبيان الاجراءات التى تتبع أمامها .

من قانون موضوعى
للأحوال الشخصية

(ثانياً) متى خُص للمحاكم الشرعية هذا الاختصاص الواسع فى مسائل الأحوال الشخصية ، وجب أن يسن لهذه المحاكم قانون موضوعى يطبق على جميع المتقاضين أمامها ، مسلمين أو غير مسلمين ، وتختار أحكام هذا القانون من جميع مذاهب الفقه الإسلامى بولا يفضل مذهب على آخر الا حيث تكون أحكامه أكثر ملاءمة لمدينة هذا العصر وظروف البيئة المصرية .

توحيد القضاء

(ثالثاً) عند ذلك تبقى الخطوة الأخيرة فى توحيد القضاء . متى تمها لمصر محاكم منظمة فى الأحوال الشخصية هى المحاكم الشرعية والمجالس الحسبية والمحاكم للبلية ، ومتى استقرت المحاكم المختلطة باختصاصاتها الجديدة للقرعة وبنظمها التى يقوى بها المنصر للمصرى كما قدمنا ، فإن من اليسير على مصر بعدئذ أن تخطو الخطوة الأخيرة ، فتندمج كل هذه المحاكم فى نظام قضائى واحد ، وتنضم إليها المحاكم الأهلية ، وتنقلب هذه المحاكم المتعددة للتفايرة إلى دوائر فى محكمة واحدة هى المحكمة المصرية . ويصبح قضاء هذه المحكمة قضاء أقليمياً يخضع له المصريون والأجانب والمسلمون وغير المسلمين .

وتطبق هذه الحجة المصرية قانونا أقليسيا واحدا، هو القانون المصري .

٢- تطبيق التشريع من حيث الزمان

عدم سريانه القانون على الماضي

١٠٥- القاعدة أنه التشريع ليس له أثر رجعي فهو يسرى على الماضي

وللتشريع حدود في التطبيق من حيث الزمان ، كما رأينا حدوده في التطبيق من حيث المكان . فالتشريع لا يطبق إلا على الحوادث التي وقعت من وقت صدوره على وقت المائه . فلا يمتد الى الحوادث التي تقع بعد الفائه . ولا ينسحب الى الحوادث التي وقعت قبل صدوره .

مبدأات القاعدة
المداة

استقرار التعامل

والقاعدة التي تقضى بأن التشريع لا ينسحب على الحوادث التي وقعت قبل صدوره هي التي نبرهنها بعدم سريان القانون على الماضي . (Non-retroactivity) وهي قاعدة مقولة ، تقتضيا المداة وضرورة استقرار المعاملات . فالمداة تأبى أن يطبق تشريع على حادثة وقعت قبل صدوره ، واستقرار المعاملات يقضى بأن التشريع الذي كان ساريا وقت وقوع هذه الحادثة هو الذي يطبق ، لأن الناس اطمانت الى ذلك في تعاملها ، ورتبت شؤونها على هذا الحساب .

أمثلة :

والأمثلة على ذلك كثيرة ، نختار منها مثلين :

بيع الرقاة الذي يخفى
وهنا

(١) صدر تشريع في مصر في سنة ١٩٢٣ يقضى بأنه اذا كان بيع الرقاة مقصودا به اخفاء رهن حيازة عقارى ، فان النقد يعتبر باطلا لا أثر له ، سواء بصفته يما أو رهنا . وقد كان البيع الرقائي المتصور به اخفاء رهن قبل هذا التشريع ، يفسر بحسب حقيقته ، فيعتبر رهنا صحيحا . فكل بيع وفاء يخفى رهنا ، وكان صدوره قبل صدور تشريع سنة ١٩٢٣

لا يسرى عليه هذا التشريع الأخير ، فلا يعطل باعتباره وهنا ، بل يكون صحيحا على هذا الاعتبار . وفي هذا تطبيق لعدم سريان تشريع ١٩٢٣ على الماضي .

قانون التسجيل
الحديث في مصر

(٢) صدر قانون التسجيل الحديث في مصر يقضى بأن العقود الناقلة للملكية بين الأحياء يجب تسجيلها ، ويترتب على عدم التسجيل ان الملكية لا تنتقل حتى فيما بين المتعاقدين . وقد كان القانون المدني يقضى قبل صدور هذا التشريع الجديد ، بأن العقد غير المسجل ينقل الملكية فيما بين المتعاقدين ، وأن عدم التسجيل لا يمنع من انتقال الملكية إلا بالنسبة للغير . فالمعقود غير المسجل الذي صدرت قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ (ميعاد العمل بالتشريع الجديد) لا يسرى عليها هذا التشريع حتى لا يكون له أثر رجعي ، ونكون هذه العقود قد نقلت الملكية فيما بين المتعاقدين بالرغم من عدم تسجيلها .

والقاعدة التي تقضى بعدم سريان القانون على الماضي قاعدة نص عليها القانون الفرنسي والقانون المصري .

جاء في المادة الثانية من القانون المدني الفرنسي أن القانون لا يقر أحكاما إلا بالنسبة للمستقبل فلا تنسحب أحكامه على الماضي . ونصت المادة ١٧ من الدستور المصري الصادر في سنة ١٩٢٣ على أنه « لا تجري أحكام القوانين الا على ما يقع من تاريخ نفاذها ، ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبله ما لم ينص على خلاف ذلك بنص خاص » ونصت المادة ٣ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية على أنه « لا تسرى أحكام القوانين والقوانين الا على الحوادث التي تقع من تاريخ العمل بمقتضاها ، ولا يكون لها تأثير على الوقائع السابقة عليها ، ما لم يكن منها عن ذلك بنص صريح فيها » .

وقضت المادة ٢ من القانون المدني المختلط بأن القوانين لا يكون لها أثر

رجعى .

١٠٦ — التمييز بين الحق المكتسب ومجرد الأمل :

على أن المقصود بعدم سريان القانون على الماضي هو أنه لا يحس الحقوق المكتسبة قبل صدوره . فإذا كان التشريع لا يحس حقا مكتسبا ، فإنه يسرى على الحوادث السابقة مادام لا يصطدم الا مع مجرد أمل ، لا مع حق مكتسب ونورد أمثلة على ذلك :

تبيير الفسر الذى
يمكن الايساء به

(١) الوصية لا تجوز لغير وارث الا فى الثلث . فلأن شخصا أوصى لغير وارث بثلث ماله ، ثم صدر تشريع بعد موت الوصى يقضى بأن الوصية لغير وارث لا تجوز الا بربع مال المورث ، فإن هذا التشريع لا يسرى على الوصية ، لأنه اذا سرى يحس حقا مكتسبا للوصى له ، بعد أن انتقلت اليه ملكية الثلث بموت الوصى . أما اذا كان صدور التشريع قبل موت الوصى ، ولو بعد عمل الوصية ، فإنه يسرى على الوصية ، لأن الوصى له وقت صدور التشريع لم يكن كسب حقا اذ لا يزال الوصى حيا وله أن يرجع فى وصيته ، وكل ما وصل اليه هو مجرد أمل فى أن يكون له حق فى الوصى به ، والقانون لا يحترم الا الحق المكتسب ولا يبنى بمجرد الأمل ، فيسرى التشريع فى هذه الحالة على الوصية الصادرة قبل صدوره ، وينقص الوصى به الى الربع .

تبيير مدة التقادم

(٢) يقضى القانون بأن من وضع يده على مال غيره بنية تملكه مدة خمس عشرة سنة يملكه بالتقادم . فلأن شخصا وضع يده على مال الغير مدة خمس عشرة سنة ، ثم صدر تشريع جديد يطيل مدة التقادم الى عشرين سنة ، فإن هذا التشريع لا يسرى على الحادثة التى نحن بصدددها ،

لأن واضح اليد قد كسب حق للملكية على المال قبل صدور التشريع الجديد ، والتشريع لا يمس الحقوق المكتسبة . أما اذا كان صدور التشريع الجديد بعد أن مضى على وضع اليد مدة اثنتى عشرة سنة مثلا ، فإن التشريع يسرى على هذه الحادثة ، لأن واضح اليد لم يكن قد كسب حقا وقت صدور التشريع ، ولم يكن له الا مجرد أمل في أن يتم مدة التقادم للكسب للملكية ، فلا يكتسب القانون لجرد الأمل ، ويترب على سرعان التشريع الجديد أن واضح اليد يجب عليه أن يكمل مدة الاثنتى عشرة سنة الى عشرين لا الى خمس عشرة .

غير الحد الأقصى
للأمانة

(٣) يقضى القانون بأن الحد الأقصى للفوائد هو ٩ ٪ فإذا تألفت شركة للاقراض بهذه الفائدة ، وأقرضت بأفضل علاءها ، ثم صدر تشريع جديد ينقص الحد الأقصى الى ٧ ٪ ، فإن هذا التشريع لا يسرى على ما قبضته الشركة من عملائها من الفوائد بسعر ٩ ٪ . فقد أصبح حقا مكتسبا لها ولكن التشريع الجديد يسرى على حقوق القرض التي تلحق التشريع ، وليس للشركة أن تعترض على ذلك بأنها تألفت قبل صدور التشريع الجديد فلا يسرى عليها هذا التشريع ، فإن تكوينها قبل التشريع لم يكسبها حقا في الاقراض بالسعر القديم ، بل كل ما لديها هو مجرد أمل في الاقراض بهذا السعر ، وبجهد الأمل لا يمنع من تطبيق التشريع الجديد على هذه الشركة ، فلا يجوز لها بعد صدور هذا التشريع أن تقرض بسعر أعلى من ٧ ٪ .

١٠٧ - استثناءات من قاعدة حرمان سريانه القانون على الماضي

على ان التشريع يسرى على الماضي ، وبمس الحقوق المكتسبة لا مجرد الآمال لحسب ، في الأحوال الآتية :

(١) إذا تضمن التشريع ذاته نصا على ذلك لمصلحة عامة ، وقد نص على رأينا للسادة ٢٧ من الدستور المصري ، وللمادة ٣ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية تقرران هذا الاستثناء ، فتتضمن على علم سريان القانون على الماضي « ما لم ينص على خلاف ذلك ينص خاص » (م ٢٧ من الدستور) ، و « ما لم يكن منها عن ذلك ينص صريح » (م ٣ من لائحة الترتيب) .

تصريح من النظام العام

(٢) وقد يسرى التشريع على الماضي ، حتى لو لم يتضمن نصا يقضى بذلك إذا كان هذا التشريع من النظام العام ، فتتضمن المصلحة العامة التي أريد تحقيقها من وراء هذا التشريع بسريانه على الماضي ، ولو من حقا مكتسبا من أمثلة ذلك القانون الذي يحرم الرق ، فإنه يعتبر من النظام العام ويسرى على الماضي ، ويترتب على ذلك أن كل رقيق يمتق حتى لو ثبت رقه قبل صدور هذا القانون .

ومن أمثلة ذلك أيضا القانون الذي صدر في مصر في سنة ١٩٢٥ برفع سن الرشد إلى إحدى وعشرين سنة بعد أن كانت ثمانى عشرة . فالأشخاص الذين كانوا قد بلغوا الثمانية عشر وقت صدور هذا القانون يعودون إلى القصر إذا كانوا لم يبلغوا الواحد والعشرين ، فيكون القانون أرجحى في هذه الحالة . ولكن لا يكون له أثر رجحى بالنسبة للغير ، فالصرفات التي صدرت من هؤلاء الأشخاص وترتب عليها حق الغير قبل صدور هذا القانون تعتبر صحيحة صادرة من ذوى أهلية كاملة .

القانون الجنائي
الأصلح للنهم

(٣) يكون لقوانين الجنائية عادة أثر رجحى إذا كانت أصلح للنهم . فإذا ارتكب شخص عملا معاقبا عليه ، ثم صدر قبل الحكم على هذا الشخص تشريع جديد يجعل هذا الفعل غير معاقب عليه أو يخفف عقوبته فإن التشريع الجديد هو الذى يطبق . أما إذا كان التشريع الجديد أسوأ

من التشريع القديم ، فانه لا يسرى على الماضي ، كما لو كان التشريع الجديد في الفرض المتقدم يشدد العقوبة لا يخففها ، فان التشريع القديم هو الذي يطبق .

أما قوانين الاجرامات (المرافعات المدنية والجنائية) فانها تخضع لقاعدة عدم سريان القانون على الماضي . فاذا صدر تشريع جديد لا يمس حقا مكتسبا ، كما اذا عدلت الاجرامات الخاصة بسمع الشهود أو بتحقيق الخطوط أو بالخبراء ، فانه يسرى على القضايا التي تكون قد رُفِست قبل صدوره . أما اذا مس التشريع الجديد حقا مكتسبا ، فانه لا يسرى على الماضي . مثل ذلك أن ترفع قضية الى المحكمة المختصة ، وبعد رُفِستها يصدر تشريع جديد يجعل المحكمة غير مختصة ، فمثل هذا التشريع لا يسرى على القضية التي رُفِست فعلا ، وتبقى المحكمة التي رُفِست اليها القضية مختصة بالنظر فيها . مثل ذلك أيضا أن يصدر حكم قابل للاستئناف ثم يصدر تشريع جديد يجعله غير قابل للاستئناف ، فمثل هذا التشريع لا يسرى على هذا الحكم ، بل يبقى الحكم قابلا للاستئناف في المبدأ الذي يقرره التشريع القديم .

المبحث الرابع

تفسير التشريع

١٠٨ - مسألة التفسير لا تقوم الا في التشريع دوره فبره

مع المصادر

التشريع مصدر يأتي
بلفظ والفظ ما

تفسير التشريع هو توضيح ما أجه من ألفاظه وتكامل ما اقتضب من نصوصه ، وتخرج ما نقص من أحكامه والتوفيق بين أجزائه المتناقضة . وكل هذا مفروض فيه ان مصدر القانون الذي يكون محلا لتفسير مصدر

يأتى بالمعنى وباللفظ مما . وذلك لا يكون الا للتشريع كما رأينا . ويكون كذلك فى بعض الكتب الدينية التى تعتبر مصدراً للأحكام القانونية كالقرآن والتوراة . ويقوم بالتفسير طائفة القضاء والفقهاء : القضاء عند ما يطبق نصوص التشريع على الأقضية التى تعرض له . والفقهاء عند ما يخرج الأحكام القانونية من النصوص التشريعية فى كتب الشرح والتفسير وفى الفتاوى التى تصدر منه . وهناك تفسير تشريعى تقوم به الهيئة التشريعية نفسها وله أثر رجبى . أو تقوم به هيئة رسمية أخرى .

١٠٩ - المدرسة التقليدية فى التفسير :

وتقتصر هنا على المذهب التقليدى فى التفسير . ففى هذا المذهب يقوم التفسير على ركنين : (الركن الأول) أن مهمة المفسر هى تبين قصد المشرع ، قصد المشرع الحقيقى ، قصد كما هو لا كما يجب أن يكون ، هو الواجب الاتباع . ولا حجة بشئ الظروف وتطور الدنية ، حتى لو أصبح قصد المشرع بعد هذا التطور خليفاً أن يحمل محله قصد آخر أكثر ملاءمة للظروف الجديدة . فإنه لو سمح للمفسر أن يحمل هذا القصد الآخر الأكثر ملاءمة محل القصد الحقيقى ، لاختلف المفسرون فى ذلك ، وقام التحكم مقام الاستقرار والثبات ، والأولى فى مثل هذه الحالة أن يحمل المشرع تشريعه ، لا أن يقوم المفسر مقام المشرع (والركن الثانى) أو التفسير هو أن يتلخص المفسر قصد المشرع الحقيقى من طريق النصوص والألفاظ التى ورد بها التشريع لا من طريق آخر بقدر الاستطاعة . فالمفروض أن المشرع عنى كل ما قال وقال كل ما عنى . والمفسر لا يترك الألفاظ الى غيرها فى تبين قصد المشرع الا اذا أعوزته الحيلة ، ولم يجد هناك مناص من الالتجاء الى وسيلة أخرى ، اذ تكون الألفاظ قاصرة قصوراً تاماً عن الأمانة عن قصد المشرع .

١١٠ - حالة وضوح النص

لا يكون هناك محل لتفسير النص الواضح فإنه إذا كان اللفظ الذي استعمله المشرع لا سبيل للاختلاف في معناه ، وجب الأخذ بهذا المعنى ، ولا يجوز تركه بدعوى أن الحكم القانوني غير عادل ، أو أن هناك حكماً قانونياً أحسن منه ، فليس هذا من مهمة المفسر في شيء ، بل عليه أن يترك ذلك للمشرع يمثل تشريعه بما تقتضيه الظروف .

وجوب الأخذ بالنص
الواضح

غير أن هذه القاعدة لا تمنع المفسر من تصحيح ما عسى أن يقع في الالفاظ والنصوص التشريعية من أخطاء مادية. مثل ذلك المادة ١٠٣ من القانون المدني المصري ، فقد نصت على ما يأتي :

تصحيح الأخطاء
المادية

« يجوز أن يكون التمسك معلقاً على أمر مستقبل أو غير محقق ، يترتب على وقوعه أو عدم وقوعه وجود ذلك التمسك أو نفيه أو منع وجوده أو زواله » . وهذا النص يعرف الشرط ويعرفه بأنه أمر مستقبل أو غير محقق ، مع أن الشرط هو أمر مستقبل وغير محقق ، يجمع الاستقبال واحتمال التحقيق ولا يتفرد بأحدهما ، وللفظ «أو» الواردة في النص خطأ مادي محتمل «و» فيتمين على المفسر اجراء هذا التصحيح .

١١١ - حالة عدم وضوح النص (العيوب التي تؤدي إلى ذلك)

أما إذا كان النص غير واضح ، فذلك يرجع إلى عيب فيه . ومن أكثر هذه العيوب شيوعاً الغموض والتناقض والنقص .

فالغموض يكون إما بتحليل اللفظ أكثر من معنى واحد ، فلي المفسر أن يختار المعنى الذي قصد إليه المشرع ، مثل ذلك المادة ٣٦٧ من القانون المدني المصري وتنص على ما يأتي : « منع المستأجر من التأجير يقتضى منه

الغموض

من الاسقاط لغيره ، وكذلك منه من الاسقاط يقتضى منه من التأجير .
أما اذا كان موجودا بالمكان المؤجر جلك جعله مملا لتجارة أو للصناعة ،
ودعت ضرورة الأحوال الى بيع الجلك المذكور ، جاز للمحكمة مع وجود
المنع من التأجير ابقاء الايجار لمشتري الجلك ، بعد النظر فى التأمينات التى
يقدمها ذلك المشتري ، ما لم يحصل للمالك من ابقائه ضرر حقيقى ، واللفظ
النامض فى هذا النص هو « الجلك » وهو لفظ مأخوذ من الفارسية معناه
الرفوف المركبة ، ولكن هذا المعنى لا يستقيم فى النص ، والواجب أن يؤول
اللفظ بمعنى آخر ينسجم مع عموم المعنى ، فإذا فسر « الجلك » بمعنى المتجر أو
المصنع استقام المعنى المفهوم من النص .

والتناقض يكون اذا اصطدم نص مع نص آخر ، فيجب التوفيق بين التناقض
النصين بقدر الاستطاعة ، والا وجب تغليب أحد النصين على الآخر . مثل
ذلك ما تقتضى به المادة ١٦ من لائحة ترتيب المحاكم المصرية من أن هذه
المحاكم غير مختصة بنظر مسائل الاسكحة وما يتعلق بها من قضايا المهر
والنفقة ، ثم ما تقتضى به المواد ١٥٥-١٥٦ من القانون المدنى المصرى من
أحكام فى النفقة يصطلم كثير منها مع أحكام الشريعة الاسلامية ، اذ انه
يجب طبقا لهذه المواد أن ينفق الفروع وأزواجهم على الأصول وأزواجهم ،
وأن ينفق الأصول على فروعهم وأزواج الفروع ، وأن ينفق الزوجان أحدهما
على الآخر فنصوص القانون المدنى متناقضة مع نص لائحة ترتيب المحاكم
المصرية ، والواجب هنا تغليب النص الأخير واعتبار المحاكم المصرية غير
مختصة بمسائل النفقات ، والمختص هى المحاكم الشرعية ، وهى تطبق الشريعة
الاسلامية .

والنقص يكون اذا كان النص الذى يورد الحكم مقتضيا لا يتضمن النص

كل ما يجب ذكره . مثل ذلك المادة ٢٨ من القانون المدني المصري ، فهي تنص على أنه « تحصل ملكية المقارنات والحقوق العينية لمن وضع يده عليها ظاهرا بنفسه أو بوكيل عنه ، بنير منازع ، مدة خمس سنوات متواليات بصفة مالك ، بشرط أن يكون وضع اليد المذكور مبنيا على سبب صحيح ، فإذا لم يوجد ذلك السبب لا تحصل له الملكية إلا اذا وضع يده مدة خمس عشرة سنة » . فهذا النص يقتضي بأن من وضع يده على عقار مملوك لغيره ، مدة خمس سنوات بنية تملكه ملكه بالتقادم القصير ، بشرط أن يكون لديه سبب صحيح ، أى عقد ناقل للملكية كالبيع . ولم يذكر النص شرطا آخر لا تقل أهميته من شرط السبب الصحيح ، وهو حسن النية ، فالتملك بالتقادم القصير لابد فيه من حسن النية ، ويجب على المفسر أن يكمل مثل هذا النص الناقص .

١١٢ - طرق التفسير عند هرم وضوح النص (طرق

دفعية وأخرى خارجية) :

فإذا كان النص غير واضح لسبب فيه ، كغموض أو تناقض أو نقص ، وجب على المفسر أن يتبين إرادة المشرع الحقيقية من وراء هذا النص المريب ، وهذا هو التفسير . وله طرق مختلفة ، يمكن تقسيمها إلى قسمين :

طرق داخلية

(١) طرق داخلية ينطوي عليها التشريع نفسه فلا يلتمس المفسر هاديا من عنصر خارجي عن التشريع ومن أم هذه الطرق الاستنتاج بطريق القياس (analogie) والاستنتاج من باب أولى (a fortiori) والاستنتاج من مفهوم المخالفة (a contrario)

(٢) طرق خارجية ، وفيها يستند المفسر إلى عنصر خارجي عن

طرق خارجية

التشريع نفسه. من ذلك الاستناد الى حكمة التشريع، والاسترشاد بالأعمال التحضيرية، والرجوع الى المصدر التاريخي للتشريع .

١١٣ - طرق التفسير الرأىية :

ذكرنا أن من أهم هذه الطرق الاستنتاج بطريق القياس والاستنتاج من باب أولى والاستنتاج من مفهوم المخالفة .

فلاستنتاج بطريق القياس هو أن يستنبط المفسر حكماً غير منصوص عليه بالقياس على حكم منصوص عليه . مثل ذلك حكم انتقال الرهن حيازة مع الرهن على أن تباع العين بالطرق الودية اذا حل الأجل ولم يوف المدين الدين . لا يوجد في القانون المدني المصري نص على هذه المسألة ولكن يوجد نص على مسألة أخرى يمكن القياس عليها .

الاستنتاج بطريقة القياس

تقتضي المادة ٥٤٣ على أنه لا يجوز اشتراط كون الشيء المرهون يصير مملوكاً للدائن عند عدم الوفاء له ، أما لدائن قط الحق في طلب بيع المرهون بالكيفية الجائزة لسائر الدائنين ، فالحكم الذي تنص عليه هذه المادة يتناول اتفاق الراهن مع المرتهن على أن يتملك الأخير العين المرهونة عند عدم وفاء الدين ، ويقرر النص ان هذا الاتفاق باطل ، وأنه يجب على المرتهن أن يطرح العين في المزاد الجبرى . ويستخلص من ذلك ان وجوب طرح العين في المزاد الجبرى عند عدم وفاء الدين يعتبر من النظام العام ، فلا يجوز الاتفاق على مجاوزته . ويتربى على هذا الاستنتاج أن الاتفاق فيما بين المتعاقدين على بيع العين المرهونة بما وديا يخرق القاعدة للتقسية . فيكون هذا الاتفاق باطلا . ومن ذلك نرى أنه أمكن أن نستنبط حكم بطلان الاتفاق على البيع الودى قياساً على حكم اتفاق المتعاقدين على ذلك

المرتهن للعين المرهونة . وهذا الحكم الأخير منصوص عليه . فاستنبطنا منه حكما آخر بطريق القياس .

الاستنتاج من باب
أول

والاستنتاج من باب أولى هو أن يكون هناك حالة منصوص على حكمها وتكون علة الحكم أكثر توفرا في حالة أخرى غير منصوص على الحكم فيها ، فينسحب الحكم في الحالة المنصوص عليها على الحالة غير المنصوص عليها . من باب أولى . مثل ذلك أن القانون الجنائي يخفف جريمة القتل في حالة ما إذا قُلبا الزوج زوجته متلبسة بجريمة الزنا قتلها ، ويجعل جريمة القتل في هذه الحالة جنحة لا جناية . فلو أن زوجا قُلبا زوجته متلبسة بجريمة الزنا ، ولم يقتلها ، ولكن ضربها ضربا أقصى إلى اللوث أو خفف عاهة مستديمة ، فإن هاتين الجريمتين تعتبران جنحتين لا جائتتين من باب أولى ، ما دام القتل ، وهو أشد منهما ، اعتبر جنحة . ومثل ذلك أيضا أن قانون الاجرامات الجنائية يعطى الحق للزوج في أن ينفو عن زوجته المحكوم عليها في دعوى الزنا ، فمن باب أولى يستطيع الزوج ، قبل أن يحكم على زوجته ، أن يطلب إيقاف السير في اجرامات دعوى الزنا . فإن من يملك الأكثر يملك الأقل .

الاستنتاج من مفهوم
الحالة

والاستنتاج من مفهوم الحالة هو أن تسلي حالة غير منصوص عليها حكما يكون عكس الحكم في حالة منصوص عليها ، لاختلاف العلة في الحالتين ، أو لأن الحالة للنصوص عليها هي جزئية من جزئيات الحالة غير للنصوص عليها ، فخصيصها بحكم يستخلص منه أنها تنفرد بهذا الحكم دون سائر الجزئيات الأخرى . مثل ذلك أن القانون المصري لم ينص على حكم بيع الشيء للمستقبل ، فهو صحيح كما يقضى بذلك القانون الفرنسي أم هو غير صحيح كما يقضى بذلك الشريعة الإسلامية . ولكنه نص على حكم بيع

التركات المستقبلية ، قهضت المادة ٢٦٣ / ٣٣٢ من القانون للدنى بأن يبع
المحقوق فى تركة انسان على قيد الحياة باطل ولو برضاه ، والتركة المستقبلية
جزئية من جزئيات الشئ المستقبل ، فأفرادها بحكم البطلان ينهم منه أن
سائر الجزئيات الأخرى لا تشترك معها فى هذا الحكم ويكون يبع الشئ
المستقبل — هذا التركات المستقبلية — صحيحا بطريق الاستنتاج من مفهوم
المخالفة .

١١٤ — طرق التفسير القلرية

قررنا أن المفسر قد يستند الى عناصر خالصة عن التشريع حتى
يتعرف نية المشرع . من ذلك أن يتبين حكمة التشريع ، وأن يسترشد
بالأعمال التحضيرية ، وأن يرجع الى المصدر التاريخى للتشريع الذى
يفسره .

فتبين حكمة التشريع معناه أن يتعرف للمفسر الملة التى اقتضت
الحكم ، فيفسر فى ضوء هذه الحكمة الغائلا وردت فى التشريع قد تكون
مبهمة . مثل ذلك ان القانون الجنائى يجعل « الليل » فى جريمة السرقة وفى
جريمة اتلاف للزروعات ظرفا مشددا ، فامعنى « الليل » ؟ هنا يجب توخى
حكمة التشريع ، والواضح أن للشرع جعل الليل ظرفا مشددا لارتكاب
هاتين الجريمتين فى الظلام ، فأراد للشرع تشديد العقوبة ردعا للمجرمين
الذين يستغلون ارتكاب جريمتهم فى جتع للظلام ، فيجب إذن تفسير
« الليل » لا على أنه يبدأ من غروب الشمس وينتهى عند شروقها ، وهنا
هو التفسير الفلكى ، بل بمعنى الظلام وهنا هو الذى يستخلص من حكمة
التشريع كما قلنا ، فقد لا يكون هناك ليل بعد غروب الشمس ، اذا لم
يكن الظلام قد خيم ، ولا سيما فى فصل الصيف .

والأعمال التحضيرية هى مجموعة للذكرات التفسيرية ومناقشات
الاعمال التحضيرية

الرئيسية ، ثم التشريع الصادر من الهيئات التشريعية الفرعية .
أما التشريع الدستوري فلا يجوز تعديله ولا إلغاؤه إلا بالطريقة التي
ينص عليها الدستور نفسه . على أنه إذا اعتبر الدستور منحة من السلطان
طبقاً لنظرية هبر ، فإن السلطان الذي أصدره يملك تعديله ويملك إلغاؤه .
أما التشريع الصادر من الهيئة التشريعية الرئيسية فتعديله أو إلغاؤه
يكون في يد نفس هذه الهيئة .

وقد قضت المادة ٤ من لائحة ترتيب المحاكم المصرية أنه لا يطل
نص من القوانين أو الأوامر إلا بنص قانون أو أمر جديد يتقرر به
بطلان الأول . ومن ذلك نرى أن التشريع الفرعي يلغى أو يملكه تشريع
فرعي كذلك .

فالمادة إذن أن القانون الدستوري لا يلغى إلا قانون دستوري ،
والتشريع الرئيسي يلغى تشريع رئيسي أو قانون دستوري ، والتشريع
الفرعي يلغى تشريع فرعي أو تشريع رئيسي أو قانون دستوري ، والتشريع
الفرعي يلغى تشريع فرعي أو تشريع رئيسي أو قانون دستوري ، ولكن
التشريع الفرعي لا يلغى تشريعاً رئيسياً أو قانوناً دستورياً ، وكذلك
التشريع الرئيسي لا يلغى قانوناً دستورياً وبإشارة أخرى يلغى التشريع
تشريعاً في قوته أو تشريعاً أدنى مرتبة ولكنه لا يلغى تشريعاً أقوى .

أما المادة وعدم الاستعمال فلا يلغى تشريعاً ، على خلاف في الرأي
فما يتعلق بالتشريع التجارى ولوائح البوليس . ولكن المادة تلغى عادة
أخرى ، ويلغى التشريع . فالتشريع يلغى المادة والمادة لا تلغى التشريع .
وقد يلغى التشريع تغير الظروف التي كانت قائمة وقت سنه . مثل
ذلك الناروقه في مصر وهي نوع من الرهن الحيازي لا يجوز إلا في الأراضي

والتشريع يلغى
المادة والمادة تلغى
المادة ولكن لا تلغى
التشريع

بغير الظروف
يلغى التشريع

الخراجية. وقد أُلغى الآن نظام الأراضي الخراجية، فلم يعد هنالك هذا النوع من الأراضي في مصر. وترتب على ذلك إلغاء التشريع الخاص بالناروقة. وليس من قبيل الإلغاء أن يتفق المتعاقدان على حكم يخالف قاعدة قانونية لا تعتبر من النظام العام. فالمتعاقدان لم يلنبا باتفاقهما القاعدة القانونية، بل هي باقية تطبق على غيرهما وتطبق عليهما في تعاقدهما آخر.

عقادة قاعدة
قانونية ليست من
النظام العام

١١٦ - كيف يكون الإلغاء

والإلغاء ضربان : صريح وضمني . فالإلغاء الصريح يكون بمن تشريع يلغى صراحة تشريعا سابقا . وقد يكون التشريع ذاته يتضمن نصا على أنه يسرى لمدة معينة يلغى بعدها ، كما في التشريع الذي صدر في مصر بشأن أحر المساكن والأراضي الزراعية في سنوات متوالية منذ سنة ١٩٢٠ . وقد يصدر التشريع لا يتضمن إلا إلغاء صريحا لتشريع سابق ، دون أن يحمل محله تشريعا آخر ، مثل ذلك التشريع الذي ألغى الإكراه المدني في فرنسا والتشريع الذي ألغى دستور سنة ١٩٣٠ في مصر . وقد يصدر متضمنا إلغاء صريحا لتشريع سابق وشاملا في الوقت ذاته لتشريع جديد يحمل محل التشريع الملغى ، مثل ذلك قانون التسجيل الجديد ، في مصر فإنه قد ألغى صراحة بعض نصوص القانون المدني المصري وأحل محلها تشريعا جديدا وكذلك الأمر الملكي الذي ألغى دستور سنة ١٩٢٣ في مصر وأحل محله دستور سنة ١٩٣٠ .

أما الإلغاء الضمني فيكون بمن تشريع جديد لا ينص صراحة على إلغاء تشريع قديم ، ولكنه يتضارب معه . والقاعدة أنه إذا تضارب تشريهان فالجديد منهما ينسخ القديم . ونظرية التامخ والنسخ معروفة في القرآن الكريم وهي نظرية معقولة . فإدام للشرع من حكما يناقض حكما سابقا، فقد أراد أن يلغى ضمنا الحكم القديم .

الإلغاء الضمني

الفصل الخامس الفقه والقضاء

١١٧ - التعريف

الفقه هو إسنباط الأحكام القانونية من مصادرها بالطرق العلمية .
القضاء هو تطبيق الأحكام القانونية على الأقضية التي ترفع للحاكم .

١١٨ - أهمية الفقه والقضاء في رقي القانون :

الفقه هو المظهر العلمي للقانون ، والقضاء هو المظهر العملي . فإذا تجرد
القانون عن مظهره العلمي والعملي ، فلا يبقى منه شيء كبير .

القانون يمتد إلى المعلوم الاجتماعية بأوثق سبب ، ولكل نشاط
اجتماعي علم يسجل قواعده وأحكامه ، وعلماء يبحثون وينقبون ويسجلون
والقانون علم الفقه وطاؤه الفقهاء .

والقانون مادة حية فثاؤها التطبيق العملي . فإذا اقتصر الأمر فيه
على أن يسجل في التقنينات والتشريعات وعلى أن يدون في كتب الفقهاء
لم يصد أن يكون منعجاً من المذاهب العلمية . وهو بعد قد تجرد من أهم
مزية له : صلاحيته لتطبيق العمل حتى يقوم بمهمة الأساسية من تنظيم
الروابط الاجتماعية . فالقضاء هو الذي يطبق القانون ، وهو الذي يمتد
فيه الحياة ، فيجعله يعيش وينمو ويتطور ، ويصقله ويهذيبه ، ويعطيه
بطابع العصر الذي وجد فيه .

١١٩ — مزاي الفقه والقضاء وهما :

ولكل من الفقه والقضاء مزاي وعيوب .

فمزية الفقه هي نظره الى الروابط الاجتماعية نظرة واسعة شاملة ، مزية الفقه وهيه
فلا يضيق بخصوصية ولا يقف عند منزعج ، بل يسير قدما الى الامام ،
يتشهى مع التطور ، ويباقى الزمن . فالفقيه أوسع أفقا من القاضي ، وأسرع
تأثرا بقوانين التطور . ولكن عيب الفقه أنه كثيرا ما ينحرف عن الحياة
العملية وهو في سمره الى الصوميات يعتمد عما في الحياة من ملازمات
وظروف خاصة في كل قضية من أقصبتها .

ومزية القضاء أنه دائم الاتصال بالحياة العملية ، يستمد قواعده منها ، مزية القضاء وهيه
ويطبق أخصيئته عليها ، فلا يكاد يميل عنها حتى يعود اليها ، ولكن عيبه
نظرة ضيقة لا تحيط إلا بما حولها ، ولا تمتد الى ما وراء ذلك ، وشئ من
البطء في التطور يتفق مع نزعة محافظة في القضاء .

١٢٠ — وهما يتعاون بين الفقه والقضاء :

ونرى من ذلك أن لفقه مزاي ليست للقضاء ، وأن للقضاء مزاي
ليست للفقه ، وأن عيب كل منهما هو قسده لمزاي الآخر ، فهما يكملان
بعضهما بعضا . ولا بد من التعاون بين الفقه والقضاء فالفقيه يرسم خط
السير للقاضي ، والقاضي يبد الطريق ويمهده بعد أن فتحه أمامه الفقيه ،
ثم يستفيد الفقيه من تجارب القاضي ، فينحى بفتنه منحى يتفق مع الحياة
العملية ، ويسير بعد ذلك طليحة للقاضي يكشف الطريق أمامه . وخير
النظم القانونية هو النظام الذي ينطوى على مزاج موفق من الفقه والقضاء .

١٢١ — الفقه والقضاء هما مصدران تفسيريان للقانون :

وقد أصبح الفقه والقضاء في المصور الحديثة . مصدرين تفسيريين
تطور الفقه القضاء من
مصدرين وسمين الى
مصدرين تفسيريين

القانون عند أكثر الأمم . ولكنها يكونان عادة مصدرين رسميين في المراحل الأولى من نمو القانون . وأكثر القوانين تكون في أول أمرها من صنع الفقيه والقاضي ، حتى إذا كمل نضوج القانون ، واستقر نموه ؛ أتى التشريع فتغلل للكان الأول بين المصادر الرسمية ؛ وانقلب الفقه والقضاء مصدرين تفسيريين ؛ فتصيح مهمة الفقيه والقاضي تفسير القانون لا صنعه ؛ ولكنها في الواقع من الأمر إذ يفسران القانون كثيرا ما يكون تفسيرهما صنعا .

فالقهاء والقضاء مصدران رسميان في القوانين القديمة ؛ وهما مصدران تفسيريان في معظم القوانين الحديثة . وهما نحن نبحت الحالتين .

المبحث الأول

الفقه والقضاء في القوانين القديمة

نختار من هذه القوانين النظم القانونية الأساسية وهي القانون الروماني والشرعية الإسلامية والقانون الانجليزي .

وسنرى أن الفقه والقضاء تملونا في تقدم الشريعة الإسلامية ، وأن القضاء كان هو المصدر الرئيسي لشرعية الانجليزية .

نصيب الفقه والقضاء
في النظم القانونية
القديمة

١٢٢ - القانون الروماني :

بدأ القانون الروماني في أول مراحل عادات مصبوغة بالصيغة الدينية . وقد جمع التجميع الأول في الألواح الاثني عشر . وقد كان هذا التجميع مبدأ لحركة قضائية ولحركة قضائية كاتنا ، الى جانب التشريع ، هما العاملان الأساسيان في تطور القانون الروماني في تقدمه .

أما الحركة القضائية فبدأت منذ بدأ « البريطور » الروماني بتولى
 شئون القضاء وكان هناك « بريطور » للرومانيين وآخر للأجانب ،
 الأول يطبق القانون للدني الروماني ، والثاني يطبق « قانون الانسانية
 أو الشعوب » . ولكن « لبراطرة » الرومانيين سواء طبقوا هذا القانون
 أو ذاك ، لم يكونوا يقتصرون على التطبيق ، بل كانوا يصنعون القانون
 صنما ، وسبيلهم الى ذلك « المنشورات القضائية » . فقد كان « البريطور »
 الروماني يلى شئون القضاء سنة واحدة . وعند ولايته القضاء يعلن للناس
 « منشورا » يضمنه ما اعتزم على اتباعه من القواعد القانونية . وكثير من
 هذه القواعد كان من شأنها ادخال تعديلات جوهرية على القانون الروماني
 العتيق بما يتفق مع مقتضيات المعاملة وتطور الحضارة وكان « البريطور »
 يسلك الى ذلك طريقا خاصا بالقانون الروماني ، فقد كان في يده ، بمقتضى
 ولايته القضاء ، سلطة تنظيم الدعوى ، فله أن يعطى الدعوى من يشاء
 ويسلبها من يشاء . واستطاع من هذا الطريق أن يجعل القانون الروماني
 يماشى الحضارة الرومانية في تقدمها ، وأن يكسر قيود القانون العتيق ،
 فكان ينكر الدعوى حيث تكون المصلحة في انكارها ولو أعطاه القانون
 القديم وكان يعطى الدعوى حيث تكون المصلحة في اعطائها ولو لم يعطها
 القانون القديم . مثل ذلك : كان القانون القديم لا يجعل النش مبطلا
 لمقود ولما أراد « البريطور » أن يرضى ما تقتضيه المعاملة من جعله سببا
 للبطلان ، أعطى دفعا للدعى عليه اذا كان ضحية النش . يدفع به دعوى
 للدعى ، ويجعل القاضى لا يحكم للدعى الا اذا لم يكن هناك غش ، وهكذا
 خلق « البريطور » دعاوى ودفوعا مختلفة ، كان من شأنها أن تدفع
 بالقانون الروماني في طريق التطور . وتوالت « المنشورات القضائية »

القضاء

المنشورات القضائية

سلطة تنظيم الدعوى

المنشور المستتر

واحدا بعد الآخر ، وكل « بريتور » يستقي من منشور سابقه ما أظهر لعمل صلاحيته للتطبيق ويضيف اليه جديدا ، حتى استقر عنصر ثابت من هذه المنشورات ، هو الذي يتكرر على مر الأعوام ومنه عنصر متجدد هو عامل التطور . وسمى كل ذلك « بالمشور المستمر » . وهذا للمشور المستمر بقي الى عهد الأمبراطورية ، ثم جمع جميعا رسميا وحرم الأمبراطور هادرين إضافة شيء اليه ، على أن هذا القانون البريتوري بقي منفصلا عن القانون المدني ، وبقي هذا الانفصال حتى عهد جوستينيان ، حيث امتزجا وأصبحا قانونا واحدا هو القانون الروماني المعروف لنا اليوم . فالقانون الروماني كان اذن من صنع القضاة الى حد كبير .

امتزاج القانون
البريتوري بالقانون
المدني

وكان القانون الروماني من صنع القضاة أيضا . وقد مر القضاة في القانون الروماني على أدوار ثلاثة ، كان في الدور الأول في يد رجال الدين يكتبون أسرارهم من الدعاء ويحشرونه احتكرا . ثم أفشى السر وأعلنت الاجراءات القانونية للناس في دور ثان ، وأخذ الناس يتعلمون القانون بطرق عملية لا علمية ، من طريق استفتاءات يوجهونها لرجال القانون وكان لكل مشغل بالقانون تلاميذ يتصلون به ويحسرون فتاواه عند استفتاءه من عملائه ، ثم يناقشونه في هذه الفتاوى ، وكانت القضاة أنفسهم (وهؤلاء غير « البراطرة » بل كانوا أقرب الى المحلفين في العصر الحديث ، يبيتون في الواقع ويستفتون في القانون اذا لم يكونوا من رجاله) يلجأون الى رجال القانون يستفتونهم في للسائل القانونية التي تعرض لهم في القضايا التي ينظرونها ، وكان رجال القانون يفتون عملاءهم ويفتون القضاة ويدرسون لتلاميذهم دون أن يأخذوا أجرا على شيء من ذلك ، فقد كان أكثرهم ينسب الى أسر غنية ، وكان جزاؤهم على خدمتهم للقانون

الدين

الدور الاول .
للكتبة

الدور الثاني :
الطرق العملية

أن يرشحوا المناصب الكبيرة في الدولة . وفي النور الثالث دخل الفقه
الروماني في طريقه العلمي ، فلوحت المؤلفات القانونية الى جانب الفتاوى
المعلية ، وأصبح تدريس القانون علما أكثر منه عملا ، واعترف للفقه
بأنه مصدر رسمي للقانون الروماني ، وقد جعل لبعض الفقهاء المشهورين
حق إعطاء فتاوى قانونية تلزم القضاة في أحكامهم وبدأ للفقه العلمي
بمدرستين ، زعيم الأولى هو القتيه لايو ولكنها سميت باسم تلميذه
بروكليان ، وزعيم الثانية هو كاييتو ولكنها سميت باسم تلميذه ساينتيان .
ولم يكن بين المدرستين البروكيلية والساينينية فرق كبير من حيث
المبادئ العامة والطرق العلمية ، وأكثر الخلاف بين المدرستين إنما
كان في التفاصيل . وقد تكون المدرسة البروكيلية أكثر محافظة
على المبادئ الجمهورية إذ كان زعيمها لايو جمهوريا مخلصا حتى بعد
استقرار الامبراطورية ، أما المدرسة الساينينية فقد كانت أكثر تمسكا
مع المبادئ الامبراطورية الجديدة . وقد توطدت الفقه الروماني وانتشر ،
وكان له أثر كبير في تكوين القوانين بفضل هذه الفتاوى الملزمة ،
واختتم هذا العهد من الفقه العلمي بخمسة فقهاء هم أبعد فقهاء الرومان
ذكرا وأعظمهم أثرا : جاييس وبابنيان والبيان وبول ومودستين ، ولما
استأنفت الأمراطة بالأمر منعت الترخيص للفقهاء بالفتاوى الملزمة ،
فلمجأت الناس الى كتب الفقهاء القدماء ، وفي مقامتهم بابنيان وقد
خلق تلميذاه اليان وبول على مؤلفاته وخلفاء في كثير من آرائه فأمر
الأمبراطور قسطنطين بأن تعتمد آراء بابنيان دون تلميذه . وفي أوائل
القرن الخامس الميلادي اعتمدت الامبراطورة آراء خمسة للفقهاء للتقدم
في حكمهم وآراء الفقهاء الذين قبل منهم هؤلاء الخمسة ، فإذا تضاربت الآراء

النور الثالث :
الطرق العلمية

الفتاوى القانونية
الملزمة

المؤسسان البروكيلية
والساينينية

فقهاء الرومان الخمسة

انقطاع الفتاوى
أهال لمب الاجهاد

اعتمد رأى الأغلبية فإذا تساوت رجح الجانب الذى انحاز له بأبنيان إذ كان يستبرأ أكبر قبه رومانى . ولما وضع جوستيان مجاميعه القانونية للشهرة أخضعها من أقوال هؤلاء الفقهاء الحسنة وبمن نقل عنهم هؤلاء الفقهاء . ونرى من ذلك الأثر الكبير الذى كان للفقه فى صنع القانون الرومانى وفى تطوره .

على أن لنا ملحوظتين على الفقه الرومانى : (١) تقدم القضاء الفقه فى القانون الرومانى وكان له أكبر الأثر فى تكوين القانون ، فقد رأينا « للنشور القضائى » يظهر وينمو ويتطور قبل عصر الفقه العلمى وقبل ظهور الفقهاء المشهورين ، فالقانون الرومانى بدأ قضاء وانتهى فقها .

(٢) كان كبار الفقهاء الرومانيين من رجال العمل ، كانوا رجال سياسة ووزراء وراطرة فقد كان أبنيان ومن بعده البيان وبول من كبار وزراء الدولة ، ولا يكاد يشذ عن هذه القاعدة إلا جاييس فالظاهر أنه كان استنادا يدرس القانون فى روما ولم يتول منصباً عملياً . فالفقه الرومانى كان اذن مشعباً بالروح العملية ولم تكن الثقة بميدة بينه وبين القضاء وهذا يفسر ما كان لفقه من أثر فى القضاء .

ملحوظتان :
النشأ تقدم على
الفقه والفقهاء من
رجال العمل

١٢٣ - الشريعة الإسلامية

يمكن تقسيم تاريخ الشريعة الإسلامية من حيث أثر الفقه والقضاء فى تكوينها ، الى ثلاثة عهود : عهد الرسول صلى الله عليه وسلم ، ثم العهد النبوى تلاه الى وقت تدوين الفقه ، ثم من وقت تدوين الفقه الى عهدنا هذا .

(العهد الأول) وهو عهد النبى عليه السلام ، وكانت للشريعة الإسلامية فى ذلك العهد مصدران ، الكتاب والسنة ، وكلاهما وحى ودين ، فالدين اذن كان المصدر الوحيد للشريعة الإسلامية فى ذلك العهد . أما

العهد الاول :
الكتاب والسنة

المرء فلم يكن له محل ، والرسول موجود بين الناس ينزل عليه الوحي ،
والمسلمون يتلقون عنه أمور دينهم ودنياهم . على أن النبي عليه السلام أقر
الرأى كصدر الشريعة الإسلامية حيث يميز الكتاب والسنة ، قد بحث
معاذ بن جبل إلى ابن ، ولما سأله بماذا يقضى فأجاب معاذ بالكتاب والسنة
ثم يجتهد برأيه ، أقره النبي على ذلك .

والقضاء لم يكن كذلك مصدرا للشريعة الإسلامية في ذلك العهد
وقد كان النبي أول قاض في الإسلام ، وكان قضاءه ملزما لا على أنه قضاء
بل على أنه سنة . فهو إذا قضى في حادثة كانت له صفتان ، صفة المشرع
بما يلهيه الله من وحى وما ينزل عليه من كتاب فيبين ، القاعدة القانونية
الواجب تطبيقها ، ثم صفة القاضي يطبق القاعدة القانونية التي قررها على
ما يمرض أمامه من وقائع الحادثة . ويجب التمييز بين الصفتين ، فصفة
المشرع لم تنكرها عليه الناس منذ آمنت برسالته ، أما صفة القاضي فقد
ترددوا في التسليم له بها ، حتى نزلت الآيات القاطعة في إثباتها له ، قال
تعالى : « فلن تنازعن في شيء فردوه إلى الله والرسول إن كنتم تؤمنون
بالله واليوم الآخر ذلك خير وأحسن تأويلا . ألم تر أن الذين يزعمون
أنهم آمنوا بما أنزل إليك وما أنزل من قبلك ، يريدون أن يتحاكوا إلى
الطغوت وقد أمروا أن يكفروا به ، ويريد الشيطان أن يضلهم ضلالا
بيدا ... فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ، ثم لا يهابوا
في أنفسهم حرجا مما قضيت ، ويسئلوا تسليما » وقال عز وجل : « فاحكم
بينهم بما أنزل الله » . ثم إن النبي عليه السلام كان معصوما بصفته مشرعا ،
ولم يكن معصوما بصفته قاضيا ، وقد قال تأكيذا لهذا المعنى : « انكم
تختصمون إلى أولي بضعكم أن يكون الخن بحجة من بعض ، فأقضى له

قضاء النبي :

لتردد في التسليم ؟
عدم الصفة فيه

على نحو ما أسمع ، فمن قضيت له بحق أخيه فلا يأخذ منه شيئاً فإنما أفضى له
قطعة من نار . » ^(١) قضاء النبي عليه السلام يتضمن عنصرين : القاعدة
القانونية التي يقررها وهذه هي السنة وهي ملزمة بهذا الوصف ، والوقائع
التي يقضى فيها وقضاؤه غير ملزم في ذلك إذ يجوز عليه الخطأ .

المهد الثاني :
امتزاج القضاء مع الفقه

(المهد الثاني) ويسمى بهد الخلفاء الراشدين وينتهي بظهور آفة
المذاهب الفقهية وتكوين الفقه في الكتب . وفي هذا المهد كان لكل من
الفقه والقضاء أثر في تكوين الشريعة الإسلامية وكان الفقه يمتزج بالقضاء
والقضاء يمتزج بالفقه ، وكل منهما يماثل الآخر . ولكن الفقه أخذ يتطلب
شيئاً فشيئاً حتى تمت له الغلبة في المهد الثالث . وآية امتزاج الفقه بالقضاء في
هذا المهد الثاني أن وجد القاضي الفقيه وقد تأثر الفقه بقضائه ، ووجد الفقيه
الفتي وقد تأثر القضاء بفقهه ، فكان من الصعب تمييز الفقه عن القضاء في
ذلك المهد إذ كان القاضي قهراً والفقيه قاضياً . إلا أن حركة الفقه كمصدر
لشريعة الإسلامية أخذت في القوة وحركة القضاء أخذت في الصعف إلى أن
تطلب الفقه على القضاء بعد أن استكمل نضوجه ، وصار هو وحده إلى جانب
الدين مصدراً للشريعة الإسلامية ، ولكن ذلك لم يتم إلا في المهد الثالث
كما قلنا . أما في المهد الثاني فقد كان القضاء شأن في تكوين الشريعة
الإسلامية بحد ذاته شأن الفقه ، وكان القضاء يؤثر في الفقه تأثير الفقه في
القضاء ، فلننظر كيف كان القضاء ، ثم ننظر بعد ذلك كيف كان الفقه .

القضاء

أما القضاء فكان يليه قضاء من الصحابة والتابعين وتامى التابعين

(١) وفي رواية أخرى الحديث : « أنكم مخصصون إلى رسول الله وإنما أنا
بغير ولاء بمسك الحن بمحبته من يمس ، وإنما أفضى يحكم على ما أسمع ، فمن قضيت
له من حق أخيه شيئاً فلا يأخذ به ، وإنما يطلع له قطعة من النار يأتي بها أسطماناً إلى
منه يوم القيامة . »

وغيرهم بعد أن فصل الخلفاء ما بين القضاء والولاية . وكان أكثر القضاة
معتدين وأقلهم مقلدون . واشتهر عمر بالقضاء ، تولاه بنفسه وولى غيره
عليه ، وولى أبا الهيثم المدينة ، وولى شريحاً البصرة ، وولى أبا موسى
الأشعري الكوفة ووضع له دستور القضاء في كتابه المروف .

والقضاة في ذلك العهد كانوا يطبقون الكتاب والسنة ، ويلقبون
كذلك ما استنبطه الفقهاء من الأحكام القانونية « وكان في كل مصر
جماعة اشتهروا بالفتى واستنباط الأحكام يستعين بهم القاضي إذا اشكل
عليه أمر » ، ^(١) وفي للبسوط للسرخسي « إن عمر كان يستشير الصحابة
مع قضاة ، حتى إذا رقت إليه حادثة قال ادعوا لي علياً ، وادعوا زيدا ...
فكان يستشيرهم ، ثم يفصل بما اتفقوا عليه . » وترى من هنا كيف أن
القضاء كان يتأثر بالفتى . على أن القضاء كان يؤثر في الفتى بدوره ، فقد
قللنا أن القضاة كانوا غير مقلدين فكانوا يجتهدون رأيهم ، مستعينين إلى
ذلك بما ذنب جيل فيما مر بنا ، ولهم مواقف معروفة في استعمال الرأي ،
بل يصح أن يقال أنه هو المؤسس لمدرسة الرأي ، وقد وضع من القواعد
القانونية في الشؤون الإدارية والمالية والحربية والسياسية والمعاملات
والأحوال الشخصية ما يتلاءم مع أسباطورية ناشئة ، وأمة تركت الصعراء
وانتشرت في الأرض ، غالطت المذنيات القديمة ، وجدت لها حاجات
كثيرة . وكان القاضي يأخذ بقضاء سلفه فسر يأخذ بقضاء أبي بكر ،
وعثمان يأخذ بقضاء صاحبه . والفقهاء وراء القضاة يأخذون عنهم ،
فالراقيون يجمعون « قضايا على وقتاواه ، وقضايا شريح وغيره من قضاة
الكوفة ، ثم يستخرجون منها ويستنبطون » ^(٢) ، « وابن مسعود فقيه

(١) تاريخ القضاء في الإسلام القاضي محمود بن عمرو ص ١٩

(٢) ضحى الإسلام للأستاذ أحمد أمين جزء ٢ ص ١٧١ .

جليل يتأثر عمر بن الخطاب في دقة نظره وحريته ، وعلى بن أبي طالب خلف مجموعة من التفصيا والتناوى لأهل المراق حفظت عنه وعدت دستورا ... وشریح مارس القضاء نحو ستين سنة في العصر الأموى ، فلايس الحياة العملية ، وقد دم مذهب الرأى بدتائم قوية وكان له أكبر الأثر في تلويثه وتميزه «^(١) وتصدر سعيد بن المسيب للفتوى ، وكان لايبهاها ، فأثر عنه كثير من الفتاوى والآراء ، وكان يقول : ما قصى رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا أبو بكر ولا عمر ولا عثمان ولا على قضاء الا وقد علمته «^(٢) .

هذا هو شأن القضاء وتأثيره في تكوين الشريعة الاسلامية ، وأثره في الفقه وأثر الفقه فيه . أما الفقه فلم يقل عن القضاء تأثرا وأثرا . فقد كان في ذلك العهد أن وضع الفقهاء أسس الفقه الاسلامى . وقد انقسم هذا الفقه مدرستين ، أهل الحديث وأهل الرأى . بدأت المدرستان تكونان نزعيتين عند الصحابة والتابعين وتابيهيم ، فريق منهم يحافظ على القديم ويكثر من حفظ الحديث ولا يكاد يفتى الا به وهؤلاء في المالب من بقى من فقهاء المسلمين في الحجاز (كالعباس وعروة بن الزبير وعبد الله ابن عمر وعبد الله بن عمرو بن العاص وسعيد بن المسيب والزهري ونافع) وفريق آخر رحل عن الحجاز ، وفى الامبراطورية الاسلامية الواسعة الاطراف وجد مدنات تختلف عما ألفه ، وواجه أمورا غير التي عرفها ، وكل هنا يقتضى تجديدا وتطورا ، فبال الى الاجتهاد والرأى (كعبد الله ابن مسعود وعلقمة ومسروق وشریح والأسود النخعى وابراهيم النخعى

الله

أهل الحديث وأهل
الرأى

(١) ضحى الاسلام للأستاذ أحمد أمين جزء ٢٠ ص ١٨١ .

(٢) ضحى الاسلام للأستاذ أحمد أمين جزء ١٠ ص ٢٠٩ .

وحماد). على أن هذا ليس معناه أن أهل الحديث كلهم كانوا في الحجاز
فإن منهم من كان في العراق كالشعبي ، وليس معناه أن أهل الرأي لم يكن
أحد منهم في الحجاز ، فقد كان في الحجازيين من هو من أهل الرأي كريمة
الرأي ، بل أن عمر يمكن اعتباره للتأسيس للدرسة الرأي كما قدمنا ، قد كان
جريئا في اجتهاده حتى نسخ بعض الأحكام للأثورة عن النبي عليه الصلاة
والسلام لما تغيرت ظروفها (كما فعل في حرمان المؤلفات قلوبهم وفي إيقاع
الطلاق الثلاث). كما أن هذا ليس معناه أن أهل الحديث لم يكونوا يصلون
بالرأي أصلا ، فقد كانوا يقولون به ولكن في حدود ضيقة ، ولم ينكروا
الامذهب الطاهريين وعلى رأسه داود الطاهري ، وليس معناه أن أهل
الرأي لم يكونوا يأخذون بالحديث ، فقد أخذوا به ، ولكن لم يصح عندهم
منه إلا القليل .

الفرق ادن بين المدرستين إنما كان في الاتجاهات العامة والتزعة
ولا في التفاصيل ، فأهل الحديث هم المحافظون الذين يريدون البقاء
على التقاليد الأولى للإسلام ، فلا يخرجون على آثار السلف الصالح
إلا بالقدر الذي تقتضيه الضرورة ، فهم من هذه الناحية يشبهون المدرسة
البروكيلية في الشريعة الرومانية ، وأهل الرأي هم الأحرار المجددون الذين
يتمشون مع انتشار الإسلام وانتظامه للأمم المختلفة والمدنيات المتنوعة في
امبراطورية مترامية الأطراف فيحكمون العقل لا التقاليد حتى تتسع الشريعة
الإسلامية لما أغلته من مدنيات وما سيطرت عليه من شعوب ، وهم من
هذه الناحية يشبهون المدرسة السابانية . ثم قويت التزعتان وتحددت كل
تزعة ، حتى أصبحت مدرسة لها قواعدها ولها قهاؤها . ثم مالبت المدرستان
أن أخذتا في التقارب شيئا فشيئا حتى كادتا تمتزجان ، على النحو الذي
سواء . وسيتبين الآن أن نرى كيف كان نصيب الحق في تكوين الشريعة
الإسلامية في ذلك العهد كبيرا كنصيب القضاء .

ظهور مصطلح
حديثين :

كانت مصادر الشريعة الإسلامية في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم الكتاب والسنة ، فزادها الفقه في هذا العهد الثاني مصطلح آخرين ، الاجماع والقياس ، وهما للمصدران الخصمان اللذان يكفلان للشريعة الإسلامية مرونتها على مر الزمن . أما الاجماع فقد اعترف به كل من المدرستين بحد واحد . ووجد منذ وجدت فكرة تنظيم الرأي من طريق الاستشارة ، فقد رأينا أن الخلفاء والقضاة كانوا يستشيرون أهل الفقه ، فإذا اجتمع رؤوس الناس وخيارهم على أمر قضوا به . وقد بدأ الاجماع يكون مقصورا على الصحابة ، ثم امتد إلى التابعين فتابعهم ثم صار أخيرا اجماع المجتهدين من أمة محمد في عصر من العصور ، وفي هذا تطور للاجماع من شأنه أن يجعل الفكرة خصبة قابلة لتطور جديد ^(١) . أما القياس ، ويؤخذ هنا بمناه الواسع أي الرأي والاجتهاد ، فقد اختلفت للمدرستان في الأخذ به اختلافا بينا ، فأهل الرأي يكثر من القياس والتفريع والاستنباط ويفرضون الفروض للمكنة وغير المكنة حتى اشتهروا بذلك ، وأهل الحديث لا يلجأون إلى القياس إلا في القليل النادر من المسائل ولا يفرضون فرضا لم يقع .

الاجماع

القياس

العهد الثالث :
تطلب القضاة للقضاء

(العهد الثالث) ويبدأ من وقت تدوين الفقه إلى وقتنا هذا .

(١) وقد وجد الفقهاء سنة الاجماع في حديث لذي عليه الصلاة والسلام (لا تجمع أمي على ضلالة) . وعلى جوفه زهر السعدي المشهور في كتابه (النونية والفاخون في الاسلام ص ٢٥) عن طبقات الشافعية السبكى جزء ٢ أن الشافعي رأى سنة الاجماع في قوله تعالى في سورة النساء : ومن يشاقق الرسول من بعد ما تبين له الهدى ، ويقتع غير سبيل للزمتين قوله ما تولى ، وفضله جهنم وساءت مصيرا . انظر أيضا مناجيح النيب القنبر الرازي جزء ٣ ص ٢٨ . وشفاك هريروج السعدي للبروف في مجلة تاريخ الدين سنة ١٨٩٨ مجلد ٢٧ ص ١٧ . والظاهر أنه يصعب العثور على سنة واضحة للاجماع في القرآن ، وأن الفقهاء هم الذين صاغوا هذا المبدأ مصورا الفريعة الإسلامية .

وفي أول هذا العهد ارتفع شأن الفقه ارتقا عظيما وقل شأن القضاء . وقد
تركز مذهب أهل الرأي في أبي حنيفة ^(١) بالكوفة ، وتركز مذهب
أهل الحديث في مالك بالمدينة . واستمر الخلاف بين للذهبين حتى بلغ
أشدّه . ثم عادت للدرستان الى التقارب والتفاهم على يد أبي يوسف
والشافعي ، وإن شذ به ذلك أحمد بن حنبل وداود الظاهري .

وقد ظهر في أول هذا العهد أئمة للذاهب المعروفة وغيرها من للذاهب
التي اندثرت (كذهب الأوزاعي ومذهب سفيان الثوري ومذهب داود
الظاهري ومذهب ابن جبر الطبري وغيرها) والواقع من الأمر أن هؤلاء
الأئمة ختموا صودا بدأها غيرهم ، وكان عملهم الانشائي في الفقه أقل من
عملهم التنظيمي . فقد كان الفقه قد استكمل نضوجه على يد الفقهاء
للتقدمين ، وأصبح ، لا سيما عند أهل الرأي من أم للصادر للشرعية
الاسلامية ، لا يقل عن الكتاب والسنة ، بل يزيد عليها من حيث
الحلول التفصيلية . وكان عمل أئمة للذاهب وتلاميذهم متجها في معظه الى
تسجيل قه من تقدمهم ومجملهم مع تنظيمه ووضعه على أسس منطقية ^(٢)
وإذا كان لهذا العهد الثالث عمل انشائي في الفقه ، فقد كان ذلك في
التعريفات التفصيلية ، وفي محاولة ادخال قواعد العدالة وللصلحة

عمل الفقه الانشائي :
الاستعانة بالصالح
للرسة وعلم أصول
الفقه

(١) انظر في طريقة أبي حنيفة في استنباط الاحكام الشرعية الى كتاب الاستاذ
لامير في القانون للشارح ص ٢٥٢ وما بعدها . ومن رأى الاستاذ لامير أن
ما يشير به الفقيه الفرنسي (جين) من وجوب استنباط الاحكام القانونية بطريق
البحث العلمي الحر هو مللار عليه أبو حنيفة فعلا في استنباط الاحكام الشرعية .

(٢) ومن هنا كان الاجماع كمصدر للشرعية الاسلامية ضرورة طبيعية لا حاجة
فيها الى سد من كتاب أو سنة (وقد رأينا كيف حاول الفقهاء المشرك على هذا
النسب) فانه لما كان للفقه والقضاء مصدرين للشرعية الاسلامية ، وتعدت للفقهاء
والقضات ، وجب تنظيم حركة الفقه والقضاء ، واستخلاص ما استقر عليه الرأي فيها ،
والاحتياط به باعتباره اجماعا .

العامة مصدرا جليلا للشريعة الاسلامية ، باسم الاستحسان عند أبي حنيفة
والمصلحة المرسلة عند مالك ، وفي وضع مبادئ علم أصول الفقه وأول كتاب
معروف فيه رسالة الشافعي . ومن المبالغة أن نرى في هذه المذاهب
المتعددة مدارس مختلفة في الفقه ، فقد كانت متفقة الى حد كبير في الأسس
والمبادئ الرئيسية ، ويكاد ينحصر الخلاف في بعض الفروع التفصيلية .
على أن أئمة هذه المذاهب قد تلقى بعضهم الفقه عن البعض الآخر واهتدى
بهديه ، فبعد رحل الى المدينة وأخذ من مالك ، كما أخذ الشافعي من
مالك ومحمد ، وأخذ احمد بن حنبل عن الشافعي ، ولولا تعصب فقهاء كل
مذهب لفهمهم ، لاسيا المتأخرين من الفقهاء ، لاندحمت هذه المذاهب
وأصبحت مذهباً واحداً ينتظم أهل السنة جميعاً .

اتصال أئمة المذاهب
بعضهم البعض الآخر

ورجل هذا العهد الثالث هو الفقيه ، فيه تركزت حركة الاجتهاد
وعنه صار المسلمون يأخذون شريعتهم ، وساعد على ذلك أن تم تدوين
الفقه في هذا العهد ، وأن الدولة القائمة هي الدولة العباسية ، وهي الدولة التي
اصطبغت بالصبغة الدينية ، وأخذت بيد الفقيه ورفسته أعلى الدرجات .
برز الفقيه القاسمي^(١) . ومنع من ظهور المشرع^(٢) ، وانفرد بمخلق في

سبب ارتفاع شأن الفقيه
تدوين الفقه
الدولة العباسية

كتبه الشافعي والمهرج

(١) أما أن الفقيه كان يصارع القاضي هناك ما يدل عليه كثير من الخصومات
التي كانت تقوم بين الفقهاء والفتاوى كما وقع لأبي حنيفة وابن أبي ليلى . وأما أن
الفقيه طرأ بقاضي فيدل عليه أن القاضي صار يفتق الفقيه ، وإذا حلوا الاستقلال
في قضاء من طريق الاجتهاد لا يستطع . وقد نقل الاستاذ عرنوس في كتابه
تاريخ القضاء ص ٨٥ ما يؤيد ذلك ، قال : « ولما رأى يوسف بن عبد الرحمن
صاحب بلاد المغرب الخوف سنة ٦١٩ كثرة الخلاف بين الفقهاء ، وما نشأ من ذلك
من التنصب للمذاهب ، أمر برفض فروع الفقه . وأن الفقهاء لا يقتنون الا بالكتاب
الحريز أو السنة النبوية . ولا يفتنون أحداً ، وأن تكون أحكام القضاء بما يؤدي
اليه اجتهادهم في الكتاب والسنة والاجماع والقياس ، ولكن ذلك لم يتم طويلاً ،
بل عاد الحال كما كان منذ وفاة هذا الأمير » .

(٢) وقد حاول أي المتبع أن يرفع للنسور الى اثنين أحكام الشريعة الاسلامية

سواء القانون .

وقد كان الخير في أن يبقى هذا المراج الموفق بين الفقه والقضاء في
تكوين الشريعة الإسلامية ، وهو ما شاهدناه في العهد الثاني فإن الفقيه
لما استأثر بالأمر في العهد الثالث ابتعد عن الحياة العملية^(١) وأكثرت من
الفروض الخيالية ، فجمد الفقه ، وقد ما ينفذ من عناصر الحياة الخارجية^(٢)
ثم وقفت حركته ، وأقبل باب الاجتهاد^(٣) . فإذا أريد الإصلاح وجب أن
يرجع للقضاء شأنه ، وأن يفتح في الفقه باب الاجتهاد من جديد . وأن
يقوم التشريع إلى جانب الفقه والقضاء ، فتتبنى الشريعة الإسلامية من

علم بنجاح ، وبما ذكره في كتابه الذي وضع إليه ، وهو رأى أمير المؤمنين أن
يأمر بهذه القضية والسير المتطرفة ، فوضع إليه في كتاب ، ورفض منها ما يحتاج كل
قوم من سنة أو لباس ، ثم نظر أمير المؤمنين في ذلك ، وأبقى في كل قضية رأيه ،
ونهى من القضاء بخلافه ، فكتب بذلك كتاباً جليلاً . وجعلنا أن يجعل الله هذه
الأحكام المتطرفة الصواب بالخطأ حكماً واحداً صواباً وجعلنا أن يكون اجتهاد السير
قربة لاجتماع الاسر برأى أمير المؤمنين وعلى لسانه . تاريخ القضاء (ص ٨٥) .

(١) وكان البعد عن القضاء يند تنزهاً ومغفرة عند بعض الفقهاء . جاء في كتاب
ضمي الاسلام جزء ٢ ص ١٨٤ : « كانت هناك ترفة عند بعض العلماء ترى أن في
تولي الوظائف السلطانية تريض الدين للخطر ، حتى أن كثيراً من المحدثين لا يرون
حديث من تعرب إلى السلطان ، وإن كثيراً عابوا أبا يوسف من أجل تولية القضاء
والحكومات من هذا القليل كثيرة ، قال عبد بن جرير الطبري : أنه قد نحى حديث
أبي يوسف قوم من أهل الحديث ، من أجل غلبة الرأي عليه وتعربه للفروع
والاحكام ، مع محبة السلطان وتلقه القضاء . ولعل السنيين مما القابعين لا يي خليفة
على امتناعه من تولي القضاء في العهد الاموي وفي القولة السياسية » .

(٢) انظر رأى الاستاذ لاسير في ضرر الاخذ بالرأى لما لم ترشده وتقدمه
عناصر الحياة الخارجية في كتابه في القانون للقانون ص ٣٦١ .

(٣) بعد أن رتب طقات الفقهاء . طبقة المجتهدين في الفروع ، وطبقة
المجتهدين في المنصب ، وطبقة المجتهدين في المسائل التي لا نس فيها من صاحب
المنصب ، وأصحاب التفرج ، وأصحاب الترجيع ، وأصحاب التمييز ، وطبقة المقلدين .
ومذرونا إلى طبقة المقلدين أقل باب الاجتهاد .

هذه المصادر الثلاثة^(١).

١٢٤ - مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الروماني

مقارنة بين الشريعة
الرومانية
ونصيب القضاء والفقه

(أولاً) بدأ القانون الروماني قضاء وانتهى فيها كما قلنا ، أما الشريعة الإسلامية فقد بدأت فيها وقضاء وانتهت فيها ، فهي تشترك مع القانون الروماني في النهاية وتختلف في البداية . وقد يكون الخلاف في البداية راجعاً إلى أن الفقه الإسلامي وجد منذ نشوء الشريعة الإسلامية نظاماً قانونياً متماسكاً ، دعائمه الكتاب والسنة ، في حاجة إلى تفسير فقهي . أما القانون الروماني ، فقد بدأ بماديات غير محدودة ، فكان لابد أن يتقدم القضاء الفقه حتى يوجد النظام القانوني الذي يفسره الفقه .

والقضاء كان أهم أثر في تكوين القانون الروماني منه في تكوين الشريعة الإسلامية .

أما الفقه فأثره في تكوين الشريعتين واحد . ويشبه الفقه الإسلامي الفقه الروماني في أنه بدأ مثله بمدرستين ، وتكون في نحو قرنين ، وتدعم بأئمة أعلام ختموا العهد الحبيب في تكون الفقه ، هم أئمة المذاهب في الفقه الإسلامي ، وهم الفقهاء الخمسة المعروفون في الفقه الروماني . ولكن يلاحظ أن الفقه الإسلامي بقي زاهراً بعد أئمة المذاهب مدة طويلة ولم يكن الأمر كذلك في الفقه الروماني .

(ثانياً) لم تسلك الشريعة الإسلامية في نموها الطريق الذي سلكه

(١) ولما كان الإجماع هو المنظم للفقه والقضاء فيما مضى (ويتدخل في الرأي والقياس إذ ليس هذان إلا قضاها وقضاء) ، فله من القسط أن يكون الإجماع منتظماً للتصريح أيضاً ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك . فالإجماع الذي يأتي بعد الكتاب والسنة (دمجاً بمناهج دستور الشريعة الإسلامية) لينظم كلاماً من الفقه والقضاء والتشريع .

نمو القانون الروماني
من طريق الاجراءات
ونمو الشريعة من
طريق الأحكام
الموضوعة :
قواعد العدالة
الجزئية والفروع
أصول للفقه

الفقه الروماني ، فإن هذا القانون بدأ عادات ، ونمى وازدهر من طريق الدعوى والاجراءات الشككية أما الشريعة الاسلامية فقد بدأت كتابا منزلا روحيا من عند الله ، ونمت وازدهرت من طريق القياس المنطقي والأحكام الموضوعة^(١) . وقد خالطت قواعد العدالة القانون الروماني (في القانون البريطوري وقانون الشرب) ، وقابل ذلك في الشريعة الاسلامية الاستحسان والمصالح المرسلة ودوران المظالم وان كانت أقل اسما في التوغل وأضف أثرا . وقهاء المسلمين كقهاء الرومان شادوا الشريعة الاسلامية على الجزئيات والفروع ، ولم يستخلصوا منها الأصول والمبادئ العامة إلا القليل النادر (كما في الاشياء والنظار) الا أن قهاء المسلمين امتازوا على قهاء الرومان ، بل امتازوا على قهاء العالم باستخلاصهم أصولا ومبادئ عامة من نوع آخر هي أصول استنباط الأحكام من مصادرها ، وهذا ما سموه بعلم أصول الفقه .

١٢٥ - القانون الانجليزي

أسباب تأخير القضاء
في القانون الانجليزي
(١) عدم وجود
أساسي لحركة قوية
(٢) وجود للمبادئ
(٣) المصلحة الانجليزية
(٤) علو مكانة القضاء

يكاد لا يوجد قانون هو من صنع القضاء كالقانون الانجليزي ، ويكاد لا يوجد قانون أثر الفقه في تكوينه ضئيل كذا القانون . وقد يمل ذلك بالاعتبارات الآتية :

(١) لم تتأثر الانجليز بالقانون الروماني الا الى حد محدود ، ولم يكن

(١) على أن كل مصادر الشريعة الاسلامية قابلة للتطور ، وقد تطورت بفضل ، في الكتاب النسخ والنسخ ، ول في السنة هذا أيضا . على أن السنة لم تتحدد الا في القرن الثالث بعد أن كثرت دية الحديث التي جلبه السلام مما أدخل في السنة عنصرا كبيرا من الرونة (أسطر لاميير في القانون الصادر من ٧٢٠) وفي الاجماع تطورت اذ ان الاجماع يفسخ الاجماع ، وفي القياس (أي الرأي والفقه والقضاء) تطورت ولا أدل على ذلك من ملحق الثاني العراق والعصر .

عندما قانون مماوى يكون أساسا لحركة قضية كما ثم ذلك فى الشريعة الإسلامية .

(٢) لم يكن أمام الانجليز اذن غير العادات العسكرية والعادات النورماندية تلبأ بها شريعتهم : وحيث يكون القانون مجموعة من العادات ، فمن القضاء هو خير أداة لتقريرها ، فتتلمس الناس التقرير الرسمى لهذه العادات فى قضاء المحاكم .

(٣) وللعقلىة الانجليزية أثر كبير فى جعل القضاء مصدرا للقانون ، فهى عقلية عملية ، تتجافى عن النظريات والتفكير للمطلق وتسكن الى الحقائق الراضة ، وعقلية كهذه تجد قانونها فى القضاء لا فى الفقه .

لا يكاد يكون للفقه اذن نصيب فى تكوين القانون الانجليزى لاسما فى المصور السالفة ، واذا وجد فى المصور الحديثة بعض فقهاء من الانجليز انخطوا للفقه وتخصصوا للدراسة النظرية ففى الماضى لم يكن هناك فقيه انصرف للفقه المحاليس ، بل كان بعض القضاة والمحامين يقومون بعمل بعض المؤلفات الفقهية التى تنقلت فيها المصنعة العملية .

فالقضاء هو الذى كون القانون الانجليزى وأصبح مصدره الرسمى . ولم تكن القوة الملزمة للقضاء الا نتيجة لأحكام القضاء نفسها ، فالقضاء الانجليزى هو الذى فرض نفسه ، وأخذ الناس بالسوابق القضائية وساعده على ذلك أنه كان قليل العدد ، كبير الكفاية ، عزيز المكانة الاجتماعية ، فبنى من التقاليد ما جعل الناس تألف احترام أحكامه ، وتدرج فى هذا الطريق حتى أصبحت أحكامه ملزمة .

ويمكن تقسيم القضاء الانجليزى الى ثلاثة عهود :

(العهد الأول) من وقت الفتح النورماندى فى النصف الأخير من

العهد الأول
توحيد العادات

القرن الحادى عشر الى قيام محاكم (السلسلة) فى القرن الرابع عشر . وفى هذا العهد أنشأ النورمانديون محاكم عامة لبلاد ، بعد أن كانت المحاكم محلية ، وصارت هذه المحاكم تنتقل من جهة الى أخرى ، ثم تتجمع فى لندن . وهذه هى المحاكم التى وضعت أساس القانون الانجليزى قائما وحديث العادات المتصارفة المختلفة فى البلاد الانجليزية . وصاغت من هذه العادات الموحدة مبادئ القانون الانجليزى المعروف باسم « القانون العام » فالقانون العام أساسه اذن العادات القديمة ، ولكن القضاء الانجليزى تناول هذه العادات المتفرقة المبهمة المتناقضة فجمع شتاتها ، ووضح معالمها ، وصاغها قانونا قابلا للتطبيق وقد اهتمت الآراء فى تحديد نصيب القاضى فى صنع « القانون العام » فريق (على رأسه هيل وبلاكتون) يرى ان القاضى لم يصنع القانون العام ، بل ان هذا القانون هو وليد العادات ، والقاضى يكشف من هذه العادات ويقررها قانونا ، ويذهب فريق آخر (على رأسه اوستن ودابسى) الى ان القاضى هو الذى صنع (القانون العام) ، وان العادات ليست الا مصدرا تاريخيا لقواعد القانونية لا مصدرا رسميا لها ، ولكن النظرية الحديثة تأخذ بالقدر الصحيح فى كل من النظريتين ، فتجعل « لقانون العام » الانجليزى مصدرين . العادات والقضاء ؛ فتارة كان القاضى يرى أمامه عادات موجودة وما عليه الا أن يطبقها ؛ فهو فى هذه الحالة يكشف عن القانون ويقرره ، لا ينشئه ويصنعه ، وطورا كان يعتقد القاعدة القانونية فلا يبدعها فى عادات محدودة واضحة ، فيضع القاعدة بعد أن يحرر العادات ويهذبها وهو فى هذه الحالة ينشئ القانون ويصنعه ، لا يكشف عنه ويقرره .

تكوين القانون العام

العهد الثانى :
قانون السلسلة

(العهد الثانى) من وقت قيام محاكم « السلسلة » فى القرن الرابع عشر حتى وقت توحيد « قانون السلسلة » و « القانون العام » فى أواخر القرن

التاسع عشر : والسبب في قيام « محاكم المدالة » هذه ان « القانون العام » كان شديد التقيد ، كثير الأوضاع والأشكال ، بطيء التطور فأشأ « مستشار الملك ديوانا ينظر في المظالم ، وينصف الناس من جهود » القانون العام « وما زال هذا الديوان يتسع ويتحدد اختصاصه حتى اقلب محاكم تأخذ بقواعد المدالة ، غير مقيدة بتقاليد « القانون العام » وما تضمنه من أوضاع وأشكال^(١) وصارت الأحكام التي تصدرها « محاكم المدالة » سوابق قضائية ملزمة ، لا يجوز الانحراف عنها في القضايا المماثلة « فمحاكم المدالة » هي التي خلقت اذن « قانون المدالة » . ولا يرد هنا الخلاف الذي ورد في « القانون العام » هل هو من صنع القضاء أو هو وليد العادات ، فلا شك في أن « قانون المدالة » هو من وضع القضاء .

المهد الثالث :
توحيد قانون المدالة
والقانون العام

(المهد الثالث) من وقت توحيد « قانون المدالة » « والقانون العام » الى وقتنا هذا . رأينا نشوء « قانون المدالة » وتطوره ونموه ، حتى صار قانونا مستقلا الى جانب « القانون العام » له محاكم تطبقه ومؤسسات تشرحه . وبقى يتنافس « القانون العام » حقبة طويلة ، وهو يتقوى وتستقر مبادئه على الزمن . وقد أخذت كفته ترجح كفة « القانون العام » منذ القرن السابع عشر ، فأصبح من حق « محاكم المدالة » أن توقف تنفيذ حكم صادر من « محاكم القانون العام » وأصبحت القاعدة اذن أن « القانون العام » لا ينفذ الا حيث لا يصطدم مع « قانون المدالة » وفي هذا ظهر عظم « لمحاكم المدالة » « ولبادئ المدالة » وقد تم تسجيل هذا الظفر في أواخر القرن التاسع عشر ، اذ صدر قانون في سنة

(١) أنظر في بعض الامثلة الى كتاب الأستاذ محمد فؤاد مهنا بلجنة الفرنسية في « تسيب القاضي في منع القانون الانجليزي وفي منع القرينة الاسلامية » باريس سنة ١٩٢٠ ص ٧٨ و ص ١٠٦ .

١٨٧٣ — ١٨٧٥ يمزج « محاكم العدالة » بمحاكم « القانون العام » ويخلق منها نظاما واحدا يطبق القانون العام في النواحي التي لم يدخل عليها « قانون العدالة » تمديلا ، والا فتانون العدالة هو التي يطبق . وهكذا احتل « القانون العام » « قانون العدالة »^(١) وصار قانونا واحدا هو في الواقع من صنع القضاء .

المبحث الثاني

الفقه والقضاء في القوانين الحديثة

١٢٦ — ترجمانه مختلفانه في القوانين الحديثة

أما في القوانين الحديثة فنصيب الفقه والقضاء يختلف حسب النزعة المتبعة . وهناك نزعتان مختلفتان في القوانين الحديثة ، النزعة السكونية والنزعة الرومانية .

النزعة السكونية :
القضاء يتطلب

فالنزعة السكونية تسود حيث يوجد القانون الانجليزي ، في بريطانيا وامريكا واستراليا وجنوب افريقيا والهند وغيرها من البلاد وهي لا تقيم لفقه وزنا كبيرا ، ولكنها تأخذ بالقضاء فتجعله من أهم المصادر الرسمية للقانون .

النزعة الرومانية :
القضاء والفقه
يصلوان

والنزعة الرومانية تتجلى في البلاد اللاتينية كفرنسا وبلجيكا وايطاليا واسبانيا ، وتتجلى كذلك في البلاد الجرمانية كالمانيا والنمسا وهولندا وسويسرا . وهذه النزعة لا تعطي للقضاء هذا الشأن الكبير ، فلا تجعله مصدرا رسميا للقانون^(٢) ولكنها تعني به فتجعله مصدرا تفسيريا هاما .

(١) كما امتزج القانون المدني بالقانون البريطاني في القانون الروماني .

(٢) على انه يوجد نص في القانون السويسري يقضي بأن القاضي اذا لم يجد نصا في القانون ينطبق على القضية التي أمامه يحكم فيها بما لو كان هو المشرع وطلب إليه أن يضع للتأمدة القانونية التي تتطلب على القضية .

أما الفقه فيرتفع عنها الى مكانة تلامي مكانة القضاء فهو اذا لم يكن
مصدرا رسميا للقانون فان له شأنا كبيرا كمصدر تفسيري . فالفقه والقضاء
في هذه البلاد مكانتهما واحدة من حيث هما مصدران تفسيريان .
ونختار القانون الانجليزي ممثلا للدرجة السكسونية ، والقانون الفرنسي
ممثلا للدرجة الرومانية .

١٢٤ — الفقه والقضاء في القانون الانجليزي الحديث

أما الفقه فلا شأن له في تكوين القانون الانجليزي كما قدمنا ، وان
كان هناك من الشواهد ما يدل على ان رجال القانون في انجلترا أحلوا
يهتمون بالفقه ظن التوسع في تدريس القانون في الجامعات كان من شأنه
أن يصرف البعض الى دراسة القانون دراسة حقيقية ، ومن أشهر فقهاء
الانجليز في هذا العصر الحديث بولوك ودايس وهولند وأنسون . ولكن
الفقيه لا يزال بعيدا عن التأثير في القانون الانجليزي ، بله تكوينه ،
ولا يزال القانون الانجليزي من صنع القاضى ومن صنع المشرع .

الفقه :
ليس له شأن

ولا شأن لنا بالمشرع في هذا المقام ، وانما وقف عند القاضى . فقد
قدمنا أن « القانون العام » « وقانون المطالة » استزجا وصارا قانونا واحدا
تطبقه المحاكم الانجليزية على اختلاف درجاتها ، وعلى رأس هذه المحاكم
مجلس اللوردات ، ثم محكمة الاستئناف ، ثم محاكم أول درجة . وتقضى
القاعدة بأن قضاء مجلس اللوردات ملزم لهذا المجلس وللسائر المحاكم
الانجليزية وبصورة أخرى يعتبر قضاء مجلس اللوردات قانونا يجب تطبيقه
في القضايا للماتلة ، ويلتزم بتطبيقه محاكم أول درجة ومحكمة الاستئناف
ومجلس اللوردات نفسه . وقضاء محكمة الاستئناف يلزمها ويلزم محاكم أول
درجة باعتباره قانونا يجب تطبيقه في القضايا للماتلة . أما قضاء محاكم أول
درجة بالنسبة لهذه المحاكم وبالنسبة لمحكمة الاستئناف وللمجلس اللوردات

القضاء :
السوابق القضائية
ملزمة

فيستبر قانونا ملزما لا يجوز مخالفته الا اذا توافر شرطان ، الشرط الأول أن يأتي هذا القضاء مخالفا للقانون أو العدالة ، والشرط الثاني ألا يكون قد مضى عليه وقت طويل حتى لا تطمئن الناس الى استقراره وتجري تعاملها على مقتضاه ^(١) .

ونرى من ذلك الى أي أحد وصل احترام القضاء في القانون الانجليزي وكيف أن المحاكم الانجليزية تأخذ بالسوابق القضائية باعتبارها قانونا ملزما ، وقد يصل الأمر الى أن مجلس اللوردات وهو أعلى محكمة قضائية ، يتفقد بقضاء محاكم أول درجة ، ولا يجوز له أن ينحرف عن هذا القضاء الا بالشرطين للتقدم ذكرهما .

ولما كان القضاء الانجليزي على هذا المقدر من الأهمية ، فقد جمعت مجموعات للسوابق القضائية السوابق القضائية في محلات ضخمة ، يرجع اليها رجل القانون في إنجلترا كما يرجع رجل القانون في فرنسا الى نصوص التفتينات الفرنسية وترجع هذه السوابق القضائية في القدم الى القرن الثالث عشر .

١٢٨ — الفقه والقضاء في القانون الفرنسي الحديث

للقه في القانون الفرنسي مكانة أعظم بكثير من مكانة القه في القانون الانجليزي ، أما القضاء فكانته في القانون الأول قل من مكانته

(١) أما قضاء المحاكم الاخرى ، كالمحاكم الادلندية والمحاكم الامريكية ومحكمة استئناف المستعرات ، فهو غير ملزم للمحاكم الانجليزية وانما تستألف به هذه المحاكم على النحو المتبع في البلاد اللاتينية والجرمانية . ويلاحظ أن قضاء مجلس اللوردات ومحكمة الاستئناف ومحاكم أول درجة لا يكون ملزما الا في المبادئ القانونية التي يكون تقريرها ضروريا لتفصيل في الأنظمة التي ورد فيها هذا القضاء ، أما المبادئ القانونية التي يقررها القضاء على سبيل التبسيط والتوسع فهي غير ملزمة (انظر في القضاء الانجليزي سالون في علم أصول القانون لندن سنة ١٩٢٥ للطبعة السادسة ص ١٥٩ — ١٧٨) .

في القانون الثاني فهذا الارتجاع عن مكانة الفقه ، وهذا النزول في مكانة القضاء ، يقرب الثقة بينهما ويجعلهما متساوي الأثر في القانون الفرنسي . والفقه والقضاء كلاهما مصدر تفسيري في القانون الحديث وليس بمصدرين رسميين كما كان الأمر في القانون الروماني وكما هو في القانون الانجليزي بالنسبة للقضاء .

القضاء :
السوابق القضائية

وإذا كان القضاء في فرنسا قد أخذت أهميته تزداد شيئا فشيئا وقد اقترب منه الفقه ، فثارة يقتنى أثره وطورا يسير في طبيعته ، فإنه لا يزال من الناحية النظرية معادلا للفقه من حيث انه مصدر تفسيري لا مصدر رسمي ، وإن كان من الناحية العملية يمتاز على الفقه في ان أحكامه هي التي تنفذ على المتقاضين . على ان السوابق القضائية في فرنسا يستأنس بها ، وليست ملزمة كما هو الأمر في إنجلترا على ما قدمناه ، وكثيرا ما تصطدم المحاكم الاستئنافية مع محكمة النقض في أحكامها ، بل كثيرا ما تصل محكمة النقض نفسها من المبادئ التي قررتها . ولا يكون حكم محكمة النقض ملزما الا في حالة خاصة ، هي أن تنقض حكما ، وترجع القضية الى المحكمة الاستئنافية ، فنقض فيها ، فيرفع قض آخر من الحكم الثاني لنفس الأسباب الأولى ، فنقض محكمة النقض في دوائرها المتجمعة في هذا النقض ، فان قصت بنقض الحكم الثاني لنفس الأسباب التي نقضت من أجلها الحكم الأول ، فان المحكمة التي تعال اليها القضية تلتزم بتطبيق للبدأ القانوني الذي قرره محكمة النقض في هذه القضية دون غيرها ، فان لم تفعل ، ورفع قض عن الحكم الثالث ، فان محكمة النقض نفسها تلتزم بتطبيق للبدأ الذي قرره . ونرى من ذلك الى أي حد ضيق يكون حكم محكمة النقض ملزما . على انه حتى في هذا الحد الضيق ، لا يكون حكمها ملزما باعتباره قانونا يطبق على القضايا اللاحقة ، بل هو ملزم بمعنى انه واجب

التطبيق في قضية معينة بالقات . والفرنسيون حريصون على ألا يحلوا أحكام القضاء قوايين ملزمة احتراماً لمبدأ فصل السلطات ، فالسلطة القضائية ليس من وظائفها أن تشرع ، بل هي تقتصر على تفسير القوايين وتطبيقها . وقد حرمت المادة الخامسة من القانون للدني للفرنسي على القضاء أن يضموا لفصل في احدي الدعاوى مبدأ عاماً يطبق في القضايا للثالثة وقد كان هذا الحق ثابتاً للحاكم الفرنسية القديمة التي كانت تدعى « بالبرلانات » فنزع هذا الحق من الحاكم ، حتى لا تكون سلطة قضائية وسلطة تشريعية في وقت واحد^(١) .

وكذلك الفقه في فرنسا ليست مهمته أن يشرع ، ولا يوجد في القانون الفرنسي الحديث ، كما وجد في القانون الروماني ، قضاء تكون فتاوام ملزمة للقضاء ، كما ان القضاء المجتهدين لا تعتبر أقوالهم مصدراً رسمياً للقانون كما كان شأن الاجتهاد في الشريعة الاسلامية . فهما عظمت منزلة الفقيه لا يكون رأيه ملزماً للقضاء ، بل ان القاضي يستأنس برأى الفقيه ، وله بعد ذلك أن يأخذ به أو لا يأخذ ، فالفقيه في فرنسا يفسر القانون ولكنه لا يصنعه .

وزي من ذلك ان الفقه والقضاء في فرنسا يتعاونان على تفسير القانون وتطبيقه تطبيقاً صحيحاً بما تقتضيه المبادئ العملية والحاجات العملية . ثم ان الفقه بعد ذلك لا يكون ملزماً للقضاء كما أن القضاء لا يكون ملزماً للفقه ؛ فالسبيل مفتوح أمامهما لتعاون ورقابة . فالقاضي يتعاون مع الفقيه ويراقبه . والفقيه يتعاون مع القاضي ويراقبه . ورأى كل منهما . بل رأى كليهما لا يكون ملزماً باعتباره قانوناً ، وان كان له من الوزن ما يسمح

(١) على أن القضاء (اذا لم يجد نصاً يبلغه في قضية معينة) قد يستبط الحكم القانوني من معادله المختلفة (فهو ل منه الحالة يصرح) ولكن تحريمه تصور على قضية معينة .

بالتأثير في القانون تأثيرا عظيما . وكثيرا ما يكون الرأي الذي يجمع عليه
الفقه والقضاء مصدرا تاريخيا للقانون وان لم يكن مصدرا رسميا . وهنا
التعاون ما بين الفقه والقضاء في فرنسا هو من خير الوسائل لترقية القانون ،
وقد قلنا ان لكل من الفقه والقضاء مزايا وعيوب ، فالتعاون يوفر المزايا
ويجنب العيوب ، فيكون الفقه والقضاء كل منهما مكمل الآخر .

انزال الله من
القضاء في القرن
التاسع عشر

حتى ان هذا التعاون ليس قديما . فقد كان الفقه والقضاء ، في الجزء
الأكبر من القرن التاسع عشر . بيد أن أحدهما عن الآخر يعيش الفقه
وحده بين جدران الجامعات ، يعزل عن القضاء الذي تطبقه المحاكم . وقد
نشأ عن عزلة الفقه هذه أن صار قها خياليا بعيدا عن الحياة العملية .
ونشأت مدرسة قبية هي مدرسة (الشرح على المتن) لا تعترف الا
بالنصوص التشريعية مصدرا للقانون ، تنف عندها ، ولا تنظر ما وراءها .
فالنصوص وحدها هي التي تنفس القانون . ويجب تفسير هذه النصوص
بما ينطبق على نية المشرع الحقيقية وقت وضع هذه النصوص ولا يبالون
بعد ذلك بالمصادر الأخرى للقانون ما دامت لم تدخل في نطاق التشريع .
ولا يكثرثون بتطور النظم الاجتماعية ، وبما له من أثر في النصوص
التشريعية . فندم ان العبرة بنية المشرع الحقيقية وقت وضع التشريع ،
لا بنية المحتملة وقت تطبيقه . وبعيت هذه المدرسة تسود الفقه الفرنسي
طوال القرن التاسع عشر ، الى أن أصبح الفقه تعبيرا خياليا عن القانون .
وأصبحت دراسته في الجامعات دراسة نظرية ، لا تمت بصلة الى الحياة
العملية . أما التعبير الحى عن القانون فيلتبس في القضاء . وقد أدرك
الفقهاء المحدثون هذه الحقائق فهجروا المدرسة التقليدية (مدرسة الشرح
على المتن) واقربوا من القضاء ، ونظروا الى القانون وهو يطبق في الحياة
العملية . فوجدوه شيئا آخر غير القانون الذي يشرح في الكتب . وعلموا

أن القانون ليس محصوراً في النصوص التشريعية ، وأن هناك مصادر أخرى للقانون على الفقه وعلى القضاء أن يستنبط منها ما تعجز النصوص التشريعية عن توليده من القواعد القانونية . وكان القضاء يفرزته مدركاً لهذه الحقيقة عاملاً بقتضاها ، فاقرب للفقه من القضاء وأخذاً في التعاون على النحو الذي قدمناه (١) .

١٢٩ - نصيب الفقه والقضاء في تكوين القانون المصري

مصادر القانون
المصري :

القانون المصري مأخوذ من مصادر مختلفة ، أهمها مصدران ، القانون الفرنسي والشريعة الإسلامية . للمصدر الأول أخذ عنه للشرع المصري قانون المعاملات المدنية والقوانين التجارية والبحرية والجنائية وقوانين الاجرامات . والمصدر الثاني أخذ عنه قانون الأحوال الشخصية . والقانون الفرنسي مصدر تاريخي للقانون المصري . أما الشريعة الإسلامية فهي مصدر رسمي .

أما نصيب الفقه والقضاء في تكوين قانون الأحوال الشخصية فهو نفس نصيبها في تكوين الشريعة الإسلامية . وقد قدم بيان ذلك .

وكذلك نصيب الفقه والقضاء في تكوين قانون المعاملات المدنية والقوانين الأخرى هو نفس نصيبها في تكوين القانون الفرنسي . إلا أنه مما يجدر ذكره هنا أن المشرع المصري ، عند ما قلقتنياته عن التقنيات الفرنسية ، أخذ في بعض المسائل بالقضاء الفرنسي لا بالتشريع . مثل ذلك الملبى في صورة البيع وجواز تخفيض أجر الوكيل . فيكون القضاء الفرنسي

(١) والمؤلفات الفقهية في القانون الفرنسي كثيرة ، منها المطول والمختصر ، وقد اشتهر الفقه الفرنسي بوضوحه وبمحسن ترتيبه . ومن أهم الطولات الحديثة في الفقه المدني بودري وبلايوك ، ومن أهم المختصرات بلايوك وكولان مع كايغال وجوسران ، ولاحكام القضاء في فرنسا مجموعات كثيرة أشهرها دالوز وميري .

التالى للتشريع أثر مباشر فى تكوين القانون المصرى .

الفقه والقضاء
مصدران تفسيران

١٣٠ - الفقه والقضاء مصدران تفسيران لهما مصدر واحد رسميه :

أما وقد وجد القانون للمصرى . وكان نصيب الفقه والقضاء فى تكوينهما هو القدر الذى ذكرناه ، فان الفقه والقضاء الآن لا يدوان أن يكونا مصدرين تفسيريين للقانون المصرى ، وليسا مصدرين رسميين . فالنزعة الرومانية اللاتينية ، لا النزعة السكونية ، هى للتنظية فى مصر .

١٣١ - الفقه والقضاء فى القوانين الأهلية والمختلطة :

الفقه والقضاء
المصريان

هما مصدران تفسيران كما قلنا . تستأنس بهما المحاكم الأهلية والمحاكم المختلطة فى تفسير القانون . ولكن لما أن تأخذ بهما أو قدسهما كما فصل المحاكم فى فرنسا .

وليس القضاء الأهلى فى مصر ملزما الا فى حالة واحدة ، هى أن يطن فى حكم بطريق النقص فينقض ، وتحال القضية الى المحكمة التى أصدرت الحكم للطون فيه لتحكم هذه المحكمة فيها من جديد . ففى هذه الحالة يتعنم على المحكمة التى أحيلت اليها القضية أن تتبع حكم محكمة النقص والابرام فى المسألة القانونية التى فصلت فيها هذه المحكمة وحكم محكمة النقص ملزم فى هذه القضية بالنات دون غيرها . كما تقدم ذلك فى قضاء محكمة النقص الفرنسية .

الفقه والقضاء
الفرنسيان

على ان المحاكم المصرية ، كما تستأنس بالفقه والقضاء المصريين ، كثيرا ما تستأنس بالفقه والقضاء فى فرنسا . ويرجع السبب فى ذلك الى ان القوانين المصرية مأخوذة من القوانين الفرنسية كما قلنا . فتفسير الفقه والقضاء الفرنسيين للقوانين الفرنسية يصلح فى أغلب الأحيان تفسيرا

القوانين المصرية . ثم ان الفقه والقضاء في مصر لا يزالان في مراحلها الأولى من التقسيم ، وهما بعد كثيرا التقليد للفقه والقضاء الفرنسيين ، وربما التأثير بهما ، فتؤثر المحاكم المصرية في كثير من الأحوال أن ترجع الى الأصل دون التبعية . ونرى من ذلك أن الفقه والقضاء في حاجة الى استكمال نضوجهما حتى يتمكننا من الاستقلال والاستغناء عن المصادر الأجنبية .

فالفقه المصري ليس له طابع شخصي ، ويكاد يكون تقليدا محضا للفقه الفرنسي ، على وفرة للوثائق القضائية والرسائل والمجلات في القانون المصري في جميع فروعه ، من أهلى ومختلط وعلى اختلاف اللغتين من مصريين وأجانب . « ولنا تنكر ما قامت به أساتذة القانون وغيرهم من جهود جليلة فحمت الباب لمن أتى بسدم يرسم خطاهم . الا أننا أصبحنا بحمد الله أمة طموحا نبغى المنو أبنا من الكمال . ولا تزال المرحلة التي قطعناها . على ما فيها من جهود ومشقة صغيرة الى جنب المراحل التي بقي علينا أن نجتازها واذا كنا قد وقفنا الى تأدية الفقه الحديث في لغة عربية صحيحة غير مضطربة وغير سقيمة . قد بقي أملنا خطوتان أخريان أجل شأننا وأكبر خطرا علينا أولا أن « نمصر » الفقه فنجعلهما مصريا خالصا نرى فيه طابع قوميتنا ونحس أثر عقليتنا . ففقهنا حتى اليوم لا يزال هو أيضا يحتله الأجنبي . والاحتلال هنا فرنسي ، وهو احتلال ليس بأخف وطأة ولا بأقل فتنا من أى احتلال آخر . لا يزال الفقه للمصري يتلمس في الفقه الفرنسي الهادى المرشد ، لا يكاد يتزعزع عن أفعه أو ينحرف من مسراه ، فهو ظله اللاصق وتابعه الأمين . فاذا قدر لنا أن نستقل بعقبتنا وأن نفرغه في جو مصري ، يشب فيه على قدم مصرية ، وينسج بمقوماته ذاتية بقي علينا أن نخطو الخطوة الأخيرة فنخرج من الهائرة القومية الى البائرة العالمية وتؤدي قسطا مما قرضه علينا الانسانية ضريبة في سبيل

تقدم الفقه العالي أو ما اصطلح الفقهاء على تسميته بالقانون المقارن
(ومن أم الوسائل في الوصول الى ذلك العناية بالشرعية الاسلامية)
شرعية الشرق ، ووحى الهامة ، وعصارة أذهان مفكره ، نبئت في صحرائه ،
وترعرعت في سهوله ووديانه ، فهي قبس من روح الشرق ، ومشكاة من
نور الاسلام ، يلتقي عندهما الشرق والاسلام فينقى ذلك بنور هذا
ويسرى في هذا روح ذلك . حتى ليمزجان ويصيران شيئا واحدا . هذه
هي الشرعية الاسلامية لو طئت أكتافها ، وجبذت سبلها ، لكان لنا في
هذا التراث الجليل ما ينفخ روح الاستقلال في قهنا وفي قضائنا وفي
تشريعنا ، ثم لأشرفنا نطالع العالم بهذا النور الجديد ، فنضئ به جانبا من
جوانب الثقافة العالمية في القانون . » (١)

وكذلك القضاء المصري فهو لا يزال يستمد غذاءه من القضاء
الفرنسي ، ويكاد لا يستغنى عنه ، وإن كان قد وصل في طريق الاستقلال
الى مرحلة أبعد من مرحلة الفقه ، سواء في ذلك القضاء الأهلي والقضاء
المختلط ، لاسيما بعد أن أنشئت محكمة النقض الأهلية ، وتهدبت المجموعات
التي تشري بها الأحكام القضائية الأهلية والمختلطة . (٢)

على ان الفقه والفقهاء في مصر لا يزالان يميّزان كل منهما بمركز
عن الآخر ، ولا صلة بينهما الا أنهما ينهلان من مصدر واحد ، هو الفقه
والقضاء الفرنسيان . والطريق مفتوح لجهود مشتركة منظمة ، يتعاون في
بنائها الفقه والقضاء . فلذا عني القضاء بكتابة أحكامهم على أسس قهنية

اموال الفقه من
القضاء في مصر

(١) من الكلمة الانتاحية لكتابنا : « النظرية العامة للالتزامات الجزء الأول
في النظرية العقد » .

(٢) وأهم هذه المجموعات المجموعة الرسمية وبجة الهامة في القضاء الأهلي
ومجموعة للتصريح والقضاء المختلط ولحزب الحاكم المختلطة في القضاء المختلط .

متينة ، وبشر هذه الأحكام ، وعنى الفقهاء بالتعليق على أحكام المحاكم والاستئناس بها فيما يقررونه من المبادئ القوية ، وتيسر لرجال الفقه أن يعيشوا في بيئة قضائية ، ولرجال القضاء أن يعيشوا في بيئة قهية ، فإن هذا الامتزاج لا شك أحدث أكبر الأثر في تهذيب كل من الفقه والقضاء .

١٣٧ — الفقه والقضاء في قانون الأحوال الشخصية :

بالرغم من أن الفقه والقضاء كان لهما أثر كبير في تكوين الشريعة الإسلامية ، شريعة الأحوال الشخصية ، فإنهما الآن في مصر لهما الا مصدرين تفسيرين ، وليست لهما الأهمية الثانوية حتى بهذا الاعتبار .

أما قضاء المحاكم الشرعية فليس من شأنه إلا أن يطبق أحكام الشريعة الإسلامية على الأنظمة التي تعرض لهذه المحاكم . والقضاة الشرعيون مقلدون — هنا مسائل معينة مذكورة في نصوص شريعة — بأن يأخذوا بأرجح الأقوال من المذهب الحق . فهم مقلدون لا مجتهدون ، ومقلدون في مذهب واحد ، وفي قول من هذا المذهب فلا عجب إذا لم يكن لقضاء الشرعي أثر كبير في النهوض بالشريعة الإسلامية ، والأخذ بها في طريق التطور ، حتى تنامي مقتضيات المدنية الحاضرة ^(١) .

أما الفقه الشرعي فهو بعيد بعد القضاء عن التأثير في الشريعة الإسلامية . وقضاء الشريعة الإسلامية في مصر في العصر الحاضر كلهم مقلدون ، وإن كان ضد البعض نزعة إلى الاجتهاد . وأمام هذا الفريق الأخير هو الأستاذ الامام المرحوم الشيخ محمد عبده ، فقد كان ثقلاته وفتاواه الحرة للطائفة لروح العصر أثر كبير في تنبيه الفقهاء إلى وجوب

(١) وتجميع مجلة المحاماة العربية احكام القضاء الشرعي من عهد محمد عبده .

فتح باب الاجتهاد من جديد . على ان أحدا من الفقهاء المعاصرين لا يكاد يجرؤ أن ينسب الى نفسه الاجتهاد ، مما اشتدت نزعته الى ذلك ، لما تأصل في فكرة جمهور الفقهاء من أن باب الاجتهاد قد أقفل الى الأبد ، وفي هذا من الجلود على القديم ما نهى الله عنه ، وما لا يتفق مع سنة التطور التي يجمع لها القانون .

ولبعض فقهاء الشريعة الاسلامية فضل كبير في كتابة بعض أبواب الفقه الاسلامي ملخصا في أسلوب عصري ، قريب التناول ، سهل الفهم على جمهور المتعلمين . وقد مهدت هذه الكتب والرسائل والمقالات لدراسة الشريعة الاسلامية في للعاهد الأزهرية ، وكثيرا ما يستعان بها في المحاكم عند الرجوع الى أحكام الشريعة الاسلامية في الأحوال الشخصية والمعاملات والوقف . وقد قن المرحوم قنرى باشا هذه الأحكام ، واستعان في ذلك بجهود بعض الفقهاء . وكانت تقنيناته هذه هي الأساس الذي بنى عليه الفقهاء الذين تقدمت الاشارة اليهم أكثر ما كتبوه ، فكانت تقوم التقنينات عندم مقام النصوص الشرعية . وتدع جهود فقهاء المنود والمستشرقين ، فهي غير محسوبة ضمن الحركة الفقهية في مصر . ويلاحظ أن بعض الجهود الفقهية التي أشرنا اليها صدرت من علماء غير مختصين في الفقه الاسلامي كالمرحوم قنرى باشا ، والبعض الآخر صدر من مختصين ولكنهم تخرجوا من معاهد غير الأزهر . أما للمعهد الأزهرى فله أن يفخر بأن يكون الأستاذ الامام وتلاميذه الاعلام من متخرجيه ، على انه يحمل في عنقه أمانة هذه الشريعة المحمدية وعليه أن يضطلع بهذه المسؤولية الخطيرة في الجيل الحاضر كما اضطلع بها في الأجيال الماضية .

الباب الثاني

فروع القانون

١٣٣ - تقسيم القانون الى قانون دولي وقانونه داخلي :

ينقسم القانون اقساماً أولياً الى قانون دولي (droit international)

وقانون داخلي (droit interne) .

القانون الدولي ينظم الروابط الاجتماعية فيما بين أكثر من دولة
القانون الداخلي ينظم هذه الروابط داخل دولة واحدة .
القانون الدولي القانون الداخلي

الفصل الأول

القانون الدولي

١٣٤ - تقسيم القانون الدولي الى عام وخاص :

وينقسم القانون الدولي بدوره ، الى قانون دولي عام ،

(droit international public) وقانون دولي خاص (droit international

privé)

القانون الدولي العام ينظم الروابط العامة ما بين دولة وأخرى .
القانون الدولي الخاص ينظم الروابط الخاصة ما بين الأفراد المنتمين الى
دول مختلفة .
القانون الدولي العام القانون الدولي الخاص

الفرع الأول

القانون الدولي العام

١٣٥ - مسائل القانون الدولي العام :

قدمنا أن القانون الدولي العام ينظم الروابط العامة ما بين الدول^(١). ولا كان لكل دولة سلطاتها المستقل ، وكان لابد لكل دولة أن تتصل بالأخرى ، فالملاقات التي تنشأ ما بين هذه الدول المستقلة لابد أن تنظم ، والقانون الدولي العام هو الذي يتولى تنظيمها .

قانون السلم

فحقوق الدولة في السلطان ، وفي البقاء ، وفي المساواة ، وفي الملكية ، وفي التقضاء ، كل هذه ينظمها القانون الدولي العام . كذلك ينظم هذا القانون ما يجري بين الدول من تعامل بطريق التمثيل السياسي والتمثيل التفصيل ، وما يتم بينها من معاهدات واتفاقيات ، وما تتبعه من وسائل لفض النزاع ما بينها بالطرق الودية كالمفاوضات والتحكيم . وهذه هي الروابط الدولية وقت السلم ، وتلك سميت القواعد التي تنظم هذه الروابط بقانون السلم .

قانون الحرب والحياة

فإذا ما نشبت الحرب بين دولة وأخرى ، فالملاقات ما بين الدولتين المتحاربتين ، من كيفية إعلان الحرب والأسلحة التي يجوز استعمالها ومعاملة الأسرى والمفاوضة أثناء الحرب وطرق انتهاء الحرب وغير ذلك ، ينظمها قانون الحرب أما الدول الأخرى التي لا تدخل الحرب فتكون علاقتها

(١) ونرى أن يدخل أيضاً في دائرة القانون الدولي العام القواعد التي تنظم الروابط ما بين الأفراد المقيمين في دولة معينة وبين دولة أخرى أجنبية من الأولى باعتبارها سلطة طاعة ، وهذا ما يبرر عنه طاعة الحقوق الأجانب في الدولة .

بالهاتين التحارين علاقة حياد ، وعلاقة الحياد هذه ، وما يتفرغ عنها من جواز ضبط المهربات الحربية والمصار البحرية وغير ذلك ، ينظمها قانون الحياد .

الميثاق الدولي
الكبرى

وقد تمخضت الحرب الكبرى عن هيئات دولية جديدة ، أهمها عصبة الأمم ومعركة العدل المأخوذة ونظام العمل الدولي فتشكيل هذه الهيئات واختصاصاتها والاجراءات التي تتبعها في القيام بهذه الاختصاصات ، كل هذا يدخل ضمن قواعد القانون الدولي العام .

١٣٦ - مصادر القانون الدولي العام :

ولا يزال القانون الدولي العام في المراحل الأولى من نموه وتطوره . وهو يذكركنا في حالته الراهنة بما كان عليه القانون الداخلي في الأزمان السابقة من قص في وسائل تنفيذه وأخذ الناس بأحكامه . فهو اليوم ، كما كان القانون الداخلي بالأمس ، يقوم على العادات والمعاهدات ، أي على ما ارتضته الدول ضمناً بحكم العرف ، أو صراحة بحكم الاتفاق . وقد أخذ الفقه والقضاء يكونان مصدرين له . أما الفقه فقد بدأ منذ القرن السابع عشر . وقد رأينا كيف أن جروسْيوس (Grotius) الفقيه الهولندي المعروف هو الذي أسس القانون الدولي الحديث على مبادئ القانون الطبيعي ، وتماقت بعده قهاء القانون الدولي يسطون أصوله ويقررون أحكامه . أما القضاء فقد أخذ ينتقل في القانون الدولي في العصر الحاضر من طريق التحكيم ، الذي بدأ يكون اختيارياً ، وهو يتطور الآن ليكون إجبارياً ، وعهد بتأدية المسألة الدولية إلى هيئات وقتية ، تطورت بعد ذلك إلى هيئات دائمة وعام ، وقد وقع تطور نظير ذلك في المسألة داخل الدولة .

العادات والمعاهدات

الفقه والقضاء

فالقانون الدولي يسير في الطريق الذي سلكه القانون الداخلي .
ولا يزال القانون الدولي ينقصه شيان جوهريان توافرا للقانون الداخلي .
الشيء الأول هو وجود هيئة تشريعية دولية ، تمن قوانين تلزم الدول .
وهذه الهيئة التشريعية الدولية لم توجد حتى الآن ، ولا نستطيع أن نلتصمها
في عصبة الأمم . فهذه العصبة ليست دولة فوق الدول ، بل هي مؤتمر
دائم يجتمع فيه الدول في شيء من التنظيم والاضطراد ، يكتله تشكيل
هيئات دائمة لهذا المؤتمر . مع بقاء الانضمام الى عصبة الأمم والخروج منها
اختياري موكول الى ارادة الدول أعضاء هذه العصبة . وهي اذا انضمت
لا تلتزم بتشريع تسنه العصبة الا اذا رضيت به وأخذ شكل معاهدة أو
اتفاقية . والثىء الثانى هو عدم وجود جهاز تطبقه سلطة عليا على الدول التي
تخرق القواعد الملزمة من القانون الدولي . وذلك انه لا توجد قوة دولية
تقوم بتنفيذ ما يقرره القانون الدولي من الأحكام حتى ما ارتضته الدول
من هذه الأحكام بطريق المعاهدات والاتفاقيات . واذا كان عهد العصبة
قد قرر ضرباً من العقوبات الاقتصادية والعسكرية على من يخالف هذا
العهد فان هذه العقوبات لا ترقىها سلطة دولية ، بل توقعها كل دولة محتفظة
بكامل سلطاتها .

عدم وجود أجهزة
تشريعية دولية

عدم وجود هيئة

على أنه اذا استمر تطور القانون الدولي ، وبقى مضطرباً الى حد
الوصول الى الهيئة التشريعية الدولية وإلى السلطة الدولية التي توقع الجزاء ،
فالقانون الدولي في ذلك الوقت لا يبقى دولياً ، اذ تكون الدول قد اندمجت
في ضرب من الوحدة ، وأصبح القانون الذى ينظم ما بينها من روابط قانوناً
مستورياً لا قانوناً دولياً .

انتقال القانون الدولي
الى قانون مستورى

الفرع الأول

القانون الدولي الخاص

١٣٧ - مسائل القانون الدولي الخاص

قدعنا أن القانون الدولي الخاص ينظم الروابط الخاصة ما بين الأفراد للتمييز إلى دول مختلفة والأدق أن نقول إن كل قضية تثير احتكاكا ما بين قضاء دولتين أو قانون دولتين ، فيقتضى الأمر أن نحدد أى قضاء هو المختص وأى قانون هو الواجب التطبيق ، ندخل في دائرة القانون الدولي الخاص ، حتى لو كان المصوم يتناول جميعا إلى دولة واحدة .

فأية قضية تشتمل على عنصر أجنبي قد تثير مسألة من مسائل القانون الدولي الخاص . والكثير من القضايا لا تشتمل على عنصر أجنبي فلا تثار فيها قواعد القانون الدولي الخاص . مثل ذلك مصرى يرهن لمصرى آخر أرضا في مصر مملوكة له ، هاى نزاع يقوم بشأن هذا الرهن يمرض على محكمة مصرية ، ويطبق فيه القانون للمصرى ، لكن إذا فرض أن الأرض للرهنه ليست في مصر بل في فرنسا ، وهى مملوكة لفرنسى رهنها لمصرى فى مصر ، وقام نزاع بشأن هذا الرهن فهل يرفع هذا النزاع أمام محكمة مصرية ، هذا هو السؤال الأول ، ثم إذا قلنا يجوز رفع النزاع أمام محكمة مصرية ، جى ان نعرف أى قانون تطبقه المحكمة للمصرية على هذا النزاع ، انطبق القانون للمصرى باعتباره قانونها أو باعتباره قانون أحد الخصمين ، أم تطبق القانون الفرنسى باعتباره قانون الخصم الآخر أو باعتباره قانون محل القمار ؟ هذا هو السؤال الثانى .^(١)

(١) ولو فرض أن كلا من الراهن ، والمرتهن مصرى ، ولكن الأرض المرهونة في فرنسا ، فنزاع الاختصاص ونزاع القوانين يقع على حاله كما في المثال المتقدم ، ولو أن الخصمين يتبعان إلى دولة واحدة ، لأن القضية تدخل فيها عنصر أجنبي .

والقانون الولي الخاص هو الذي يجب على كل من السائلين ،
فيحدد عند تنازع الاختصاص المحكمة المختصة ، ويحدد عند تنازع
القوانين القانون الواجب التطبيق،

تنازع الاختصاص

أما تنازع الاختصاص فمن الأمثلة عليه ما يأتي : الإنجليزي احترف
التجارة في مصر ثم اقلس ، وأعلنت محكمة مصرية افلاسه ، رجع الإنجليزي
بعد ذلك الى إنجلترا وتزوج بينه وبين أحد نائبيه عرض على محكمة
الإنجليزية ، فهذه المحكمة ثبتت أولا فيما اذا كانت المحكمة للمصرية التي أعلنت
الافلاس مختصة في نظرها باعلان افلاس هذا التاجر . مثل آخر : لنفرض
ان الإنجليزي في فرنسا رفع دعوى طلاق على امرأته امام محكمة فرنسية .
فحكمت له بالطلاق ، وذهب الى إنجلترا بعد ذلك وتزوج من أخرى . ثم
ثار نزاع بينه وبين مطلقة في صفة الطلاق ، وعرض النزاع على محكمة
الإنجليزية ، فهذه المحكمة ثبتت أولا فيما اذا كانت المحكمة الفرنسية التي حكمت
بالطلاق مختصة بهذا الحكم في نظرها .

تنازع القوانين

أما تنازع القوانين فيعرض في الثلثين المتقدمين : في المثل الأول
عند ما تعلن المحكمة المصرية افلاس التاجر الإنجليزي ، أي القانونين تطبق ،
القانون الإنجليزي أم القانون المصري ؟ وفي المثل الثاني عند ما تقضى
المحكمة الفرنسية بالطلاق هل تطبق في قضائها هذا القانون الفرنسي وهو
قانون المحكمة أو القانون الإنجليزي وهو قانون الزوجية ؟

ومن القواعد المتفق عليها في القانون الولي الخاص ما يأتي :

(١) الشكل يطبق فيه قانون محل مثل ذلك مصري كتب وصية

الشكل

— (هو وجود الأرض المرحومة في فرنسا) أوجب احتكاكا ما بين القضاء والقانون
في دولتين ، دولة مصر التي يقضى اليها الخصم ودولة فرنسا التي توجد بها الأرض
المرحومة .

في فرنسا . ثم عرض أمر صحة الوصية على محكمة مصرية فالمحكمة المصرية
فتبر الوصية صحيحة من حيث الشكل اذا توافرت فيها الشروط الشكلية
التي يطلبها القانون الفرنسي وهو قانون المحل الذي كتبت فيه الوصية .

(٢) في الأحوال الشخصية يطبق قانون الجنسية في بعض الدول ،
القانون الوطن في البعض الآخر . مثل ذلك مصرى مسلم رفع دعوى طلاق
امراته أمام محكمة فرنسية . فالمحكمة الفرنسية تطبق في هذه الدعوى
الشريعة الاسلامية . قانون جنسية الزوجين .

(٣) في العقار يطبق قانون محل العقار . مثل ذلك عقار في فرنسا
يملكه مصرى وورثته . وعرض نزاع بشأن الرهن أمام محكمة مصرية .
فالمحكمة المصرية تطبق القانون الفرنسي . وهو قانون محل العقار .

١٣٨ - طيف قواهر القانون الدولى الخاص والفروق بينها

وبين القانون الدولى العام :

وتبين مما تقدم أن قواعد القانون الدولى الخاص هي في الواقع من
الأمر قوانين داخلية لا دولية . فكل دولة لها قواعدها ، تطبقها محاكم
هذه الدولة كما تطبق أى قانون داخلي آخر . وتستند هذه القواعد من
التشريع أو من القضاء أو من الفقه أو من أى مصدر آخر من المصادر
المعروفة للقانون .

الفروق بين القانون
الدولى العام والقانون
الدولى الخاص

ويتضح من ذلك أن هناك فرقا جوهريا بين قواعد القانون الدولى
الخاص وقواعد الدولى العام ، فالأولى قوانين داخلية كما قلنا ، تطبقها
المحاكم الداخلية . وقد يكون مصدرها التشريع ، ولها جزم بخلاف قواعد
القانون الدولى العام قد رأينا أن لها محاكم دولية تطبقها ولا مصدر لها من

التشريع ، وليس لها جزاء .

على أن هناك نزعة واضحة ترمى الى توحيد قانون المولى الخاص عند جميع المولى اما بتوحيد التشريع أو بمقتضى اتفاقيات وفي الحالة الأخيرة تكسب قواعد القانون المولى الخاص صفة دولية ، لا من حيث طبيعتها فحسب باعتبارها قواعد تنظم روابط ذات صفة دولية ، بل من حيث مصدرها أيضا اذ تصير قواعد تستمد قوتها من المعاهدات الدولية .

النزعة الى توحيد
قواعد القانون
المولى الخاص

الفصل الثانى

القانونه الرافلى

١٣٩ - تقسيم القانونه الرافلى الى عامه وخاصه :

وينقسم القانون الرافلى كما ينقسم القانون المولى الى قانون عام (Droit public) وقانون خاص (Droit privé) .

القانون العام

فالقانون العام ينظم الشؤون الداخلية للدولة والسلطات العامة التي تشمل عليها وعلاقة الأفراد بها . والقانون الخاص ينظم الروابط الخاصة ما بين الأفراد داخل الدولة .

القانون الخاص

الفرع الاول

القانونه العام

١٤٠ - أقسام القانونه العامه :

ويشتمل القانون العام على الأقسام الآتية :

١ - القانون الدستورى (droit constitutionnel) وهو القانون

القانون الدستورى

الذى يقرر حقوق الفرد في القوة ويحدد شكل القوة وينظم سلطاتها العامة ويبين علاقات هذه السلطات بعضها مع البعض الآخر وعلاقتها مع الأفراد .

٢ - القانون الإدارى (droit administratif) وهو فرع من القانون الدستوري ويتصرف من السلطات العامة على السلطات الادارية ، فيبين النظم التي تقوم عليها ويحدد علاقتها مع السلطات الأخرى وعلاقتها مع الأفراد .

٣ - القانون المالى (droit financier) وهو فرع من القانون الإدارى ويتصرف من السلطة الادارية على الناحية المالية منها فيبين نظام ميزانية الدولة ودخلها من ضرائب وممتلكات خاصة وختم تأديتها وقروض ، وخارجها من ضروب الصرف على المرافق العامة .

٤ - القانون الجنائى أو قانون العقوبات (droit penal) ويبين الجرائم المعاقب عليها في القوة وقدر العقوبة في كل جريمة فهو يحدد علاقة الفرد بالقوة من ناحية الأعمال للنهي عنها والتي اذا ارتكبها الفرد اعتبر خارجا عن المحموم واستحق العقاب .

٥ - قانون الإجراءات الجنائية (droit de procedure penale) وهو فرع من القانون الجنائى ويبين الاجرامات التي تقع لتطبيق أحكام القانون الجنائى كاجراءات التحقيق مع المتهم واحالته على المحكمة واجراءات محاكمته والأحكام الجنائية وطرق الطعن فيها وكيفية تنفيذها .
وهنا نحن نستعرض كل قسم من هذه الأقسام في ايجاز تام .

المبحث الأول

القانون الدستوري

١٤١ - مسائل القانون الدستوري

قلنا أن الدستور يحدد شكل الدولة وينظم سلطاتها العامة ويبين علاقات هذه السلطات بعضها مع البعض الآخر ، وعلاقتها مع الأفراد ، وحقوق الفرد في الدولة ^(١) . فالحديث للمسائل التي يبحثها القانون الدستوري هي حقوق الفرد في الدولة .

حقوق الفرد

وقد قامت الديمقراطية الحديثة على أن الفرد له حقان جوهريان : الحرية والمساواة . والحرية تشتل على الحرية الشخصية وحرية التملك وحرمة للكن وحرية الرأي وحرية الدين وحرية الاجتماع وحرية التعليم . والمساواة تضمن للمساواة أمام القضاء والمساواة في التوظيف والمساواة أمام التكاليف العامة .

شكل الدولة

ثم يبحث القانون الدستوري عناصر الدولة الأربعة (وهي جماعة من الناس وأقليم وتنظيم وسلطان) وشكل الدولة من نواح مختلفة (ملكية وجمهورية . استبدادية وديمقراطية ودكتاتورية برلمانية وغير برلمانية ، بسيطة وصحية الخ الخ) .

السلطات العامة

ثم يحدد القانون الدستوري السلطات العامة التي تتألف منها الدولة ، وهي السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية والسلطة القضائية ، ويبين كيف تتألف كل سلطة منها والأعمال التي تقوم بها والسلطات التي بين كل سلطة وأخرى ، وعلاقة كل سلطة بالأفراد .

(١) وزى أن يدخل في دائرة القانون الدستوري القواعد التي تعدد الشروط الواجب توافرها في الأفراد حتى يتسوا إلى دولة معينة ، وهذا ما يسميه عادة بـ قانون الجنسية .

ويلاحظ أن القانون الدستوري بالتحديد للتقدم يتسع حتى يشمل
فيه القانون الإداري والقانون المالي والنظام القضائي . إلا أن المادة قد
جرت أن تفصل هذه الفروع عن القانون الدستوري ويختص كل فرع
منها بأبحاث خاصة مستقلة تسبيل للدرس .

المبحث الثاني

القانون الإداري والقانون المالي

١٤٢ - مسائل القانون الإداري والقانون المالي

يتناول القانون الإداري تنظيم السلطة التنفيذية كما قلنا . ومن
الممكن أن ننظر إلى السلطة التنفيذية من منظورين : النظرة الأولى نظرة إلى
شئ ثابت لا يتحرك ، فيحيط إلى عوامله الأولى ويحدد لكل عامل
ما يقوم به من الوظائف (le point de vue statique) والنظرة الثانية
نظرة إلى شئ يتحرك ويعدل ، فحين الوسائل التي يتنوع بها في العمل
المؤسسات الإدارية le point de vue dynamique ، ويحدد الهيئات
الإدارية ، وهي الدولة في القمة ، ويلبها الهيئات الإقليمية ، ثم المجالس
البلدية والمحلية والقروية ، ثم المؤسسات العامة . وكل هيئة من هذه
الهيئات لها وظائف تقوم بها ، ومرافق عامة تتولى إدارتها . ثم هناك
طريقتان للإدارة : طريق للركزية centralisation ، ويمتصه تركز
الإدارة في يد الدولة ، ولا تعطى الهيئات الإقليمية ولا للمجالس البلدية
الأقصى ضئيل من الاستقلال الذاتي ، وطريق اللامركزية
decentralisation ويمتصه تدخل الدولة من كثير من شؤون الإدارة
المحلية للهيئات الإقليمية والمجالس البلدية ، فتتمتع هذه بضغط كبير من
القائية الإدارية .

وبحسب النظرة الثانية ، تسهل الإدارة من طريق موطئها ؛
وهؤلاء عندما يقومون بواجباتهم توصف أعمالهم بأنها أعمال إدارية ،
وتستعين الدولة في القيام بواجباتها بالأموال العامة . فهناك مسائل ثلاث :
(١) الموظفون ، والقواعد التي تنظم علاقتهم بالدولة ، وهل هذه العلاقة
مدنية أو قانونية ، وكيف يمينون وكيف يقانون ويستقبلون ، وكيف
يحاكمون ، وما هي مسئوليتهم تجاه الدولة ، ومسئوليتهم تجاه الأفراد ،
ومسئولية الدولة عنهم تجاه الأفراد ، وغير ذلك من القواعد الخاصة
بالوظائف والموظفين . (٢) الأعمال الإدارية ، وما هي طبيعة هذه
الأعمال ، وكيف يميز بينها وبين أعمال السلطات الأخرى ، وما هي
ضروب الرقابة عليها ، وبخاصة الرقابة القضائية ، وغير ذلك من الشؤون
المتعلقة بالأعمال الإدارية . (٣) الأملاك العامة وكيف تحدد ، وما هي
مميزاتها ، ولأي نظام قانوني تخضع من ناحية التملك والاستفاد ، وما إلى
ذلك من النظم التي تتبع في الأملاك العامة .

الموظفون

الأعمال الإدارية

الأملاك العامة

الضرائب

أجور الخدمات

غلة الأموال العامة

القروض

المصارف

هذه هي مسائل قانون الإداري . أما مسائل القانون المالي فيمكن
حصرها في ميرانية الدولة وهذه تنقسم إلى دخل وخرج . والدخل له موارد
متنوعة ؛ أهمها الضرائب بمختلف أنواعها ، ثم ما يتقاضاه الدولة أجراً عن
خدمات تؤديها ، ثم ما تستولى عليه من غلة لأموالها الخاصة التي تملكها
تملك الأفراد لأموالهم ، ثم القروض إذا لجأت لها الدولة لصدع في ميزانيتها
أو لاستغلال مرفق من المرافق العامة التي تقوم بإدارتها . وأهم هذه المرافق
الامن العام والصحة والقضاء والتعليم والشؤون الاقتصادية .

المبحث الثالث

قانون العقوبات

وقانون تحقيق الجنايات

١٤٣ - مسائل قانون العقوبات وقانون تحقيق الجنايات

قلنا ان قانون العقوبات يتناول تحديد الأعمال للنهي عنها اذ فيها خروج على المجتمع وتحديد الجزاء الذي يوقع على من يأتي هذه الأعمال .

فهو أولا يحدد قواعد للمسئولية الجنائية ، ويبين أركان الجريمة ، ثم يتناول الجرائم واحدة بعد أخرى طبقا لتقسيم منطقي يتوخاه ، فيحدد أركان كل جريمة ، والشروط الواجب توافرها حتى تقع الجريمة . وهو ثانيا يحدد عقوبة لكل جريمة وهي في الغالب عقوبة ذات حدين ؛ حد أعلى لا يجاوزه القاضي ، وحد أدنى لا ينزل عنه .

والجرائم بوجه عام يمكن تقسيمها الى جرائم تقع على الدولة مباشرة ، كالجرائم المخلّة بأمن الحكومة الداخلي أو الخارجي ، وجرائم التمرد والمعيان ، والجلبات والطبوعات للضرة بالأمن العام ، والرشوة ، وتزيف السكوكات . وجرائم تقع على الأفراد مباشرة (وتقع على المجتمع بطريق غير مباشر) ، منها الجرائم التي تقع على النفس ، كالقتل والجرح والضرب ، والجرائم التي تقع على المال ؛ كالسرقة والتصب وخيانة الأمانة . والجرائم التي تقع على العرض ؛ كالزنا والتهديد والتهريض على القتل والتجور والتدلف والسب .

أما قانون تحقيق الجنايات فيبين الاجرامات الواجب اتباعها لتطبيق أحكام قانون العقوبات . فاذا وقعت جريمة وجب القيام بالتحقيق . فها هي

السلطة التي تقوم بالتحقيق ؟ وما هو مدى اختصاصها ؟ وكيف تقوم
 بالتحقيق ومتى تقبض على المتهم ومتى تقتل منزله ، ومتى تجبسه حبسا
 احتياطيا ، وكيف تحيله على المحكمة الجنائية اذا جمعت أدلة الادانة . ثم
 اذا أحيل المتهم الى المحكمة ، فكيف يحاكم ؟ وما هي القواعد التي تخضع
 لها الدعوى العمومية منفردة أو مجتمعة مع الدعوى المدنية ، وما هي
 اختصاصات النيابة العمومية ان وجدت والقواعد التي تخضع لها ، وما هي
 الاجرامات التي تتبع في المحاكم الجنائية من نحو سماع الشهود وأقوال المتهم
 واستحضار الخبراء والانتقال الى محل الواقعة ان وجدت ضرورة لذلك
 وسماع أقوال الشابة وأقوال الدافع . ثم اذا صدر الحكم بادانة المتهم ،
 فما هي طرق الطعن في هذا الحكم ، من معارضة واستئناف وقض . ثم اذا
 أصبح الحكم نهائيا ، فكيف ينفذ . هذه هي المسائل التي يتناولها قانون
 تحقيق الجنايات ذكرناها اجمالا .

المحاكمة

الحكم

التبليغ

الفرع الثاني

القانون الخاص

١٤٤ - أقسام القانون الخاص :

وينقسم القانون الخاص الى ما يأتي :

- (١) القانون المدني (droit civil) ، وهو أسس القانون الخاص ،
 واليه ترجع أحكام هذا القانون بوجه عام . ويقوم بتنظيم الروابط الخاصة
 ما بين الأفراد بعضها البعض الآخر في المجتمع .

القانون المدني

- (٢) القانون التجاري (droit commercial) ويتخصص في جانبيه
 من الحياة المدنية هي الحياة التجارية . فهو يحدد القواعد التي تنظم التجارة

القانون التجاري

والتجار في نشاطهم التجارى .

القانون البحرى (droit maritime) ، ويتخصص في جانب من القانون البحرى الحياة التجارية ، هى التجارة البحرية . فهو يحدد القواعد التى تنظم التجارة فى البحار . ومن ذلك نرى أن القانون التجارى جزء من القانون للدى ، والقانون البحرى جزء من القانون التجارى .

(١) قانون للرافعات للدينية والتجارية (droit de procedure civile et commerciale) قانون للرافعات وينظم الاجراءات التى يجب اتباعها لتطبيق أحكام القانون للدى والقانون التجارى .

المبحث الاول

القانون المرقى

١٤٥ - تمهيد :

قف قليلا عند القانون للدى ، فهو أسس القانون الخامس كما قدمنا . فنقول كلمة فى تسمياته ومسائله .

المطلب الاول

موضوعات القانون المرقى

١٤٦ - تنقسم القانون المرقى الى قانونه الاموال الشخصية

وقانونه العامة :

القانون للدى ينظر الى الفرد ، وينظر اليه باعتبارين : (أولا) باعتباره عضواً فى أسرة ، فنظم الروابط التى تربطه بهذه الأسرة يدخل فى

دائرة قانون الأحوال الشخصية . (ثانياً) باعتباره عضواً في المجتمع من حيث نشاطه للسالى ، وتنظيم الروابط التي تربطه بأفراد المجتمع من هذه الناحية يدخل في دائرة قانون للعاملات . وتناول كلا من الدائرتين يبحث ويجيز .

١ - قانون الأحوال الشخصية

١٤٧ - تحديد دائرة الأحوال الشخصية :

يمكن تحديد دائرة الأحوال الشخصية بأنها الدائرة التي تشمل على شيئين (أولاً) تحديد شخصية الفرد من الناحية القانونية (ثانياً) تنظيم روابط الفرد بأسرته .

١٤٨ - تحديد الشخصية :

تتولد لفرد الشخصية من الناحية القانونية منذ يكون جنيناً . فالجنين له أهلية وجوب ناقصة ، إذ يرث ويوصى له ويوقف عليه ، وهذا كله مشروط بأن يولد حياً . فإذا ما ولد كملت عنده أهلية الوجوب ، ويصبح أهلاً لتنتج بكل الحقوق . ولكنه يكون عديم التمييز . والتمييز هو المحور الذي تركز عليه أهلية الأداء . ويبقى الطفل معلوم أهلية الأداء حتى يصل الى سن التمييز ، فتوافر عنده أهلية أداء ناقصة ، ويستطيع أن يستعمل حقوقه فيها بنفسه ضمناً محضاً ، ولا يستطيع أن يستعمل هذه الحقوق فيما يضره ضرراً محضاً ، ويستعملها عنه وليه أو وصيه فيها هو دائر بين النفع والضرر . فإذا ما وصل الى سن الرشد كملت عنده أهلية الأداء ، واستطاع أن يستعمل كل حقوقه . إلا اذا لحقه عارض من عوارض الأهلية ، وعوارض الأهلية الجنون والته والنعلة والسفه ،

أهلية الوجوب

أهلية الأداء

فيحجر عليه ، وينصب له قيم ، فأهلية الوجوب وأهلية الأداء ، ومراحل الأهلية المتعاقبة ، وسن التمييز وسن الرشد ، والحجر ، والولاية والوصاية والقوامة . كل هذه مسائل تدخل في دائرة الأحوال الشخصية ^(١) .

١٤٩ - روابط الفرد بالأسرة :

وتشمل دائرة الأحوال الشخصية أيضاً تنظيم روابط الفرد بأسرته كما قدمنا . والفرد منذ يولد ينتمي الى أسرة معينة . وهنا تعرض مسائل النسب ، وكيف تثبت البتوة الشرعية . فإذا ما ثبت نسب الولد لأبيه ، التزم الأب بالإنفاق عليه . والولد حقوق في الرضاع والحضانة حتى يبلغ أشده ، ثم يتزوج . فقد الزواج وما يتجمع حوله من مسائل (تكوين المند وشروطه وما يترتب عليه من التزامات في جانب كل من الزوجين ، والمهر والنفقة ، وقرق النكاح من طلاق وخلع وفسخ ، وما يستتبع ذلك من عدة ، وغير ذلك من مسائل الزوجية المروقة) ، كل هذا ، الى جانب النسب ونفقة الأقارب والرضاع والحضانة ، يدخل في دائرة الأحوال الشخصية .

ويدخل في دائرة الأحوال الشخصية أيضاً الميراث ، إذ ينظم كيف يوزع مال الشخص بعد موته على أفراد أسرته ، بهذا الاعتبار الميراث يحدد من هذه الناحية علاقة الفرد بأسرته . ويلحق بالميراث الوصية ، ويلحق بالوصية الهبة ، وكذلك الوقف ، هذه هي أمهات مسائل الأحوال

(١) كل ما نعماء يدور حول الشخصية الطبيعية . ونوجد الشخصية المنوية أو القانونية (personnalité juridique) الى جانب الشخصية الطبيعية . فيطلى القانون لمجموعة من الأفراد ، أو مجموعة من المال ، للشخصية المنوية ، وتستطيع هذه المجموعة بمقتضاها أن تعيش من الناحية القانونية هيئة للشخص الطبيعي ، فتتلك ، وتمتلكه ، وتنظمى الخ . -

الشخصية اقتصرنا على استعراضها استعراضاً سريعاً .

ب - قانون المعاملات

١٥٠ - سلطة الشخص على المال :

ويمكن أن نركز قانون المعاملات في سلطة الشخص على المال .
فيجب أولاً تعريف المال ، ثم تقسيمه الى أقسام متنوعة ، عقار ومنقول ،
مثل وقيمي ، قابل للاستهلاك وغير قابل للاستهلاك ، مادي ومعنوي ،
ملك ووقف ومباح وعام الخ . . .

قسم المال

ثم ان الشخص يتسلط على المال اما بطريق مباشر ، بأن يحول له
القانون سلطة معينة على شيء معين ، وهذا هو الحق العيني (droit réel) ،
أو بطريق غير مباشر ، بأن يرتب التزاماً ذا قيمة مالية له في ذمة شخص
آخر ، وهذا هو الحق الشخصي (droit personnel) .

الحق العيني والحق
الشخصي

قانون المعاملات ينقسم اذن الى قسمين رئيسيين : قسم الحقوق
العينية وقسم الحقوق الشخصية .

وسنعرض لكل من هذين القسمين في شيء من التفصيل في مدخل
القانون المدني .

المبحث الثاني

القانون التجاري والقانون البحري

١٥١ - مسائل القانون التجاري والقانون البحري :

قلنا أن القانون التجاري يتخصص من الحياة المدنية في تحقيق
التجارة . فيضع القواعد التي تنظم حياة التاجر في نشاطه التجاري ، من

القانون التجاري

دفتر وسجلات وأعمال تجارية ، وشركات على مختلف أنواعها ، وقل تجارى ، ومسمرة وعمولة ، وأوراق تجارية (كبيالات ومستندات تحت الاذن وشيكات) وينتهى القانون التجارى بفصل ينظم الافلاس .

والقانون البحرى يتخصص من التجارة فى ناحية التجارة البحرية .
القانون البحرى .
ويتركز فى السفينة ، فينظم الحقوق التى تترتب عليها ، والقود التى تكون بحملها ، وعلاقة الربان بصاحب السفينة وبالملاحين ، وعقد الشحن ، وعقد النقل البحرى ، والقرض البحرى ، والتأمين على السفن والبضائع ، والمسارات البحرية الخ الخ .

المبحث الثالث

قانونه مرافعات المدنية والتجارية

١٥٢ - مسائل قانونه مرافعات :

قدمنا أن قانون المرافعات يضع الاحكام الواجب اتباعها فى تشكيل المحاكم تطبيق أحكام القانون المدنى والقانون التجارى .

وأولى مسائل قانون المرافعات تشكيل المحاكم المدنية والتجارية الاستثناء
وبيان درجاتها واختصاص كل منها . ثم تتبع الدعوى من وقت رفعها الى تنفيذ الحكم فيها . فهناك أولا الاعلان (مريضه الدعوى) بوجهه المدعى للمدعى عليه . ويحضر الخصمان فى اليوم المحدد لنظر الدعوى . ويطالب المدعى باثبات دعواه ، وطرق الاثبات مختلفة ، منها الكتابة طرق الاشارة
والبيعة واليمين والخبرة ومعاينة محل النزاع . كالاجراءات التى تقع فى تحقيق الكتابة والظن بالتزوير فيها وسماع الشهود وتحليف اليمين وتعيين

الخبراء والانتقال الى محل النزاع ، كل هذا يدخل في دائرة قانون
الرافعات . وقد يدفع للدعى عليه الدعوى ، وقد يغيب ، وقد يمتري
الدعوى عوارض أثناء نظرها ، فكل هذه الأشياء ينظمها قانون الرافعات
ثم اذا صدر الحكم قد يكون قابلا للطعن فيه ، فطرق الطعن في الحكم
من معارضة واستئناف وقض وغير ذلك يدخل أيضا في دائرة قانون
الرافعات . ويدخل أخيرا في هذه الدائرة تنفيذ الحكم عندما يصبح قابلا
للتنفيذ ، سواء كان التنفيذ على التتول أو على العقار .

الحكم وطرق الطعن
به

للتنفيذ

انتهى مقدمة القانون

وسياتى الجزء الثانى

من مقدمة القانون المدنى

مقدمة
القانون المدني

مقدمة

تعريف القانون المدني - تقسيماته الرئيسية

١ - تعريف القانون المدني :

قلنا أن القانون المدني هو مجموعة القواعد التي تنظم الروابط الاجتماعية ما بين الأفراد بعضهم ببعض الآخر ، دون نظر الى حرفة خاصة ، أو الى طائفة معينة .

القانون المدني هو على رأس فروع القانون الخاص ، وهو الأساس الذي تقوم عليه هذه الفروع . وهي فروع تنظم حرفة خاصة ، كالتقانون التجاري ينظم حرفة التجارة ، أو طائفة معينة من الناس ، كقانون العمل ينظم طائفة العمال وعلاقاتهم بطلقة المخدمين . أما القانون المدني فيرتفع عن هذه الخصوصيات ، وينظر الى جميع الأفراد بوجه عام ، فينظم علاقاتهم بعضهم ببعض الآخر .

٢ - التقسيمات الرئيسية للقانون المدني :

ينظر القانون المدني الى الفرد باعتباره شخصا يتمتع بالحقوق ويتربى في ذمته الواجبات ، فيحدد الشخصية مبدأ ونهاية ، ويقرر لشخص أهليته (capacité) وحالته (état) أي مركزه في أسرته ، وينظم روابطه بأسرته وفقاً لهذه الحالة . وهذا ما يسمى بقانون الأحوال الشخصية .

ثم ينظر الى الفرد من حيث سلطته على المال ، وعلاقته بالأفراد بالنسبة للمعاملات المالية
لهذا المال ، فتارة تكون له سلطة مباشرة على المال ، وهذا ما يسمى بالحق المينى (droit réel) وطورا تكون له سلطة غير مباشرة فيصل الى المال

من طريق شخص معين هو المدين ، وهذا ما يسمى بالحق الشخصي (droit de créance) . القانون الذى يحدد الحقوق المينية وطرق كسبها ، ويرف الحقوق الشخصية ومصادرها وأحكامها ، هو قانون المعاملات المالية .

ومن ذلك نرى أن القانون المدنى ينقسم الى قسمين رئيسيين :
قانون الأحوال الشخصية ، وقانون المعاملات المالية .
ونعالج فيما يلى هذين القسمين على التوالى .

القسم الاول الأحوال الشخصية

٣ — مسائل الاموال الشخصية :

سبق أن قررنا أن نطاق الأحوال الشخصية يتناول الشخصية فيحدددها ، ثم الأسرة فيبين روابط الشخص بأسرته ، سواء كانت هذه الروابط شخصية أو مالية .

قانون الأحوال الشخصية ينقسم الى قسمين رئيسيين : الشخصية والأسرة . والشخصية إما أن تكون شخصية طبيعية ، أو شخصية معنوية . وروابط الأسرة إما أن تكون روابط شخصية ، وتشمل النسب والزواج ، وإما أن تكون روابط مالية ، وتشمل النفقة والميراث والوصية والهبة والوقف .

الشخصية :
طبيعية ومعنوية

روابط الأسرة
شخصية ومالية

ونتناول ، فى باين متتابعين ، الكلام فى الشخصية وفى الأسرة .

الباب الأول

الشخصية

Personnalité

٤ - الشخصية الطبيعية والشخصية المعنوية :

الأصل في الشخص أن يكون انسانا ، وهذا هو الشخص الطبيعي (parvonne phynique) وقد تتجمع طائفة من الناس أو مجموعة من المال تعتبر شخصا ، وهذا هو الشخص المعنوي (personne morale ou juridique) .

الفصل الأول

الشخص الطبيعي

٥ - تحديد « الشخص » من الناحية القانونية :

الشخص ، من الناحية القانونية ، هو الكائن الذي يتمتع بالحقوق وتترتب في ذمته الواجبات .

ومن ذلك نرى أن « الشخص » و « الانسان » ليسا مترادفين .

فليس كل شخص انسانا . وقد رأينا أن طائفة من الناس ، بل مجموعة من المال ، قد تعتبر شخصا .

ليس كل شخص
انسانا

ولم يكن كل انسان شخصا . فقد كان الرقيق ، وهو انسان ، يعتبر شيئا لا شخصا . وكذلك تنكر الشخصية على بعض الناس ، في الشرائع التي تعترف بالعبودية والموت المدني . فالراهب يتجرد عن الشخصية ، ويغنى في ظل القانون ، فيخرج عن ماله وأهليته . وكذلك المحكوم

ليس كل انسان
شخصا

عليه بالموت للنفي ، وقد كانت هذه العقوبة مقررة في القانون الفرنسي حتى سنة ١٨٥٤ . فلحكوم عليه بالاعدام أو بالأشغال الشاقة للؤيمة أو بالنفي يموت موتاً مدنياً ، فلا يعود أهلاً لتمتع بالحقوق أو للالتزام بالواجبات .

٦ - الأهلية الوجوب وقابلية الاداء :

أهلية الوجوب وقابلية الانسان لتمتع بالحقوق وللالتزام بالواجبات هي ما يسمونه بأهلية الوجوب (capacité de jouissance) . وقد رأينا أن هذه هي الشخصية من ناحية القانون . فأهلية الوجوب والشخصية القانونية شيء واحد في نظرنا .

أما أهلية الأداء (capacité d'exercice) فهي القدرة على استعمال الحقوق .

وكان الأولى أن نميز تمايزاً تاماً بين أهلية الوجوب ، فلا نسبها لأهلية على الاطلاق ، وبين أهلية الأداء ، وهذه هي الأهلية بالمعنى الصحيح .

وتتكلم في أهلية الوجوب أو الشخصية من ناحية القانون ، ثم في أهلية الأداء .

المبحث الاول

الشخصية من ناحية القانون

(أو أهلية الوجوب)

٧ - المسائل التي يتناولها البحث :

نبحث أولاً متى تبدأ الشخصية ومتى تنتهي .

ثم نبحث بعد ذلك ما يتعلق بالشخص من اسم (nom) وأسرة

زوجها ، وتنفق هذا الاسم اذا طلقت ، ولكنها تحتفظ به اذا تزلمت . أما في الشرق فلا تزال الزوجة تحتفظ باسمها .

الحق في الاسم

وحق الانسان في اسمه ، كحقه في شخصيته ، ليس حقا ماليا ، وحق ملكية ، كما ذهب الى ذلك القضاء الفرنسي . بل هو حق من الحقوق العامة التي يتمتع بها الشخص كحقه في الحرية الشخصية وحقه في حرية الدين والفكر والاجتماع . وهو بهذا الوصف غير قابل للسقوط بالتنازل ، فلو ترك الشخص اسمه ، ثم عاد اليه ولو بعد مدة طويلة ، جاز له ذلك . وهو بهذا الوصف أيضا غير قابل للتنازل عنه ، ولا يجوز تغييره بمحض الارادة أما اذا وقع خطأ في الاسم فتصحیح هذا الخطأ يقتضى عادة رفع دعوى بذلك . وهو بهذا الوصف أيضا بحسب القانون كما يحمي الشخصية ، فمن اعتدى على اسم شخص أو على شخصيته فاستعار ذلك لنفسه كان مستولا ، وجاز للمستدعي عليه أن يطلب كف الاحتذاء وأن يطلب تمويضا عن الضرر الذي أصابه ولو كان ضررا أدبيا .

الاسم التجاري

أما اذا كان الاسم اسما تجاريا (Nom commercial) يعرف به متجر معين ، أو بضاعة معينة ، فإنه يصبح حقا ماليا كحق الملكية ، ويجوز التصرف فيه والتنازل عنه وتملكه بالتنازل .

١١ - الأسرة :

كما يتميز الشخص باسمه تميزا حقيقيا ، يتميز كذلك بأسرته تميزا واسعا ، ثم يتميز بحقيقته تميزا أوسع . والأسرة التي ينتمي اليها الشخص تكون من طائفة من الأشخاص تربطهم رابطة النسب أو رابطة المصاهرة . فرابطة النسب هي رابطة الدم . وأقرب الشخص من طريق النسب على نوعين : (١) الأصول والفروع ، وهم أبوه وجدّه وان علا (وكذلك

رابطة النسب

الأم والجدلة) ، وابنته وابن ابنه وإن نزل (وكذلك البنت وبنت البنت)
 (٢) الحواشي ويشتركون مع الشخص في أصل مشترك . فالأخ من حواشي
 الأخ ، وأصلهما المشترك الأب . وابن الأخ من حواشي المم وأصلهما
 المشترك الجد ، وكذلك ابن المم بالنسبة لابن المم . وتحسب درجة النسب ،
 وفقا لتقاليد القانون الروماني ، وطقا للقانون الفرنسي ، باحتساب ما يفصل
 الشخص من الشخص من طبقات . فان كان من الأصول أو الفروع
 فالأمهين ، ويمكن أن نصل من الفرع لأصله أو نزل من الأصل لفرعه
 طبقة طبقة . فالابن في الدرجة الأولى من الأب وفي الدرجة الثانية من
 الجد الأول وفي الدرجة الثالثة من الجد الثاني وهكذا . وكذلك الأب في
 الدرجة الأولى من الابن وفي الدرجة الثانية من ابن الابن وفي الدرجة
 الثالثة من ابن ابن الابن وهكذا . أما اذا كان من الحواشي فطريقة
 احتساب الدرجة أن نجعل للطبقات التي تفصل كل شخص عن الأصل
 المشترك . فالأخ في الدرجة الثانية من أخيه ، اذ تفصله عن الأب (وهو
 الأصل للمشارك) طبقة ، ويفصل أخاه من هذا الأصل المشترك طبقة
 كذلك ، فالجميع طبقتان ، فيكون أحدهما بالنسبة للآخر في الدرجة الثانية .
 وابن الأخ في الدرجة الثالثة بالنسبة لعمه ، وابن المم في الدرجة الرابعة
 بالنسبة لابن عمه ، وهكذا .

ورابطة للمصاهرة تنشأ من الزواج . فالزوج صهر لأقارب الزوجة ،
 والزوجة صهر لأقارب الزوج .

وتعرف بعض الشرائع الفرنسية نوعين آخرين من روابط الأسرة ،
 رابطة القرابة الطبيعية (parenté naturelle) ، وتنشأ من اتصال الرجل
 بالمرأة في غير زواج شرعي ، ورابطة التبني (adoption) وهي رابطة مصطنعة

القرابة الطبيعية
 والتبني

تنشأ باتفاق بين التبنى والتبنى ويترتب عليها بعض آثار البتوة .

وروابط الشخص بأسرته يترتب عليها آثار قانونية هامة ، بعضها شخصي محض كواجب التربية للابن على أبيه وواجب الطاعة للزوج على زوجته ، وبعضها مالي ، كالميراث والنفقة . وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

الآثار القانونية
للزوجة

١٢ - الموطن :

لكل شخص موطن (domicile) يستقر فيه ، وكثيرا ما تنص العلاقات القانونية أن تحدد موطن الشخص . ففي القانون للدني توجد قواعد تحيل على للوطن ، مثل ذلك القاعدة التي تنص بأن الوفاء يكون في موطن للدين . وكذلك قانون للرافعات ، وهو يقضي بأن التقاضي الشخصية ترفع أمام المحكمة الكائن في دارتها موطن للدعى عليه . والقانون المستورى يحيل للوطن هو المأثرة التي يستعمل الانسان فيها حقوقه السياسية .

أهمية الموطن

وهناك طريقتان لتحديد للوطن : (١) فهو إما أن يحدد بأنه محل الإقامة للمستقر . وبهذا التحديد أخذ القانون المصري ، فهو يعرف الموطن بأنه « المركز الشرعى المنسوب للانسان ، الذى يقوم فيه باستيفاء ماله وإيفاء ما عليه ، ويعتبر وجوده فيه على الدوام ، وإن لم يكن حاضرا فيه فى بعض الأحيان أو أغلبها ، وأنه لا يحيل ما يحصل فيه مما يتعلق بنفسه » (٢) وأما أن يحدد بأنه محل العمل الرئيسى . وقد جرى القانون الفرنسى على هذا رأى . ومهما يكن من أمر ، فإنه يجب التمييز بين الموطن (domicile) ومحل الوجود (résidence) ، فالموطن هو الجهة التي يستقر فيها الشخص مقاما أو عملا ، ولو لم يوجد بها بالفعل فى وقت من الأوقات ومحل الوجود هو الجهة التي يوجد فيها الشخص فعلا فى وقت من الأوقات

تحديد الموطن

عدد الموطن

على غير استقرار . وسواء حدد الوطن بأنه محل الإقامة المستقر أو محل العمل الرئيسي ، فإنه يجوز عقلا أن يكون للشخص أكثر من موطن واحد ، بأن يستقر الشخص في أكثر من محل واحد ، كما لو كان يقيم في جنتين بقدر واحد ، أو بأن يكون له محلان للعمل كلاهما رئيسي . وقد أخذ القانون الألماني بجواز تعدد الموطن . أما القانونان المصري والفرنسي فالظاهر أنهما يأخذان بوصف الموطن ، وإن كان العمل قد جرى على الاعتراف بتعدد الموطن ، كما في حالة الطلبة والجنود وشركات السكك الحديدية والمزارعين القيمين في المدن . ويجوز للشخص كذلك أن يغير موطنه ، بأن يستقر في جهة أخرى أو بأن ينتقل محل عمله الرئيسي .

تغير الوطن

وهناك ما يسمى بالوطن القانوني ، وهو موطن يقوم للقانون بتعيينه مثل ذلك أن يستقر موطن القاصر هو موطن وليه أو وصيه . ويوجد أيضا للوطن السياسي وهو الجهة التي يباشر فيها الشخص حقوقه السياسية في الانتخابات والترشيح ونحو ذلك . ويوجد أخيرا الموطن المختار ، وهو موطن يختاره الشخص غير موطنه الحقيقي ، ليجرى فيه بعض أعمال قضائية ، كما لو اتفق مع آخر على أن تكون الاعلانات بينهما في موطن معين ، وكما إذا عين أحد المتقاضين مكانا يملن فيه في دائرة المحكمة المرفوع أمامها القضية .

١٣ - الجنسية :

وينسب الشخص كذلك الى جنسية معينة . وتتعدد الجنسية أما بطريق النسب (jus sanguinis) ، فابن المصري مصري ، وأما بطريق محل الميلاد (jus soli) ، فالولود في أرض انجليزية انجليزى . وكثيرا ما تلفق الطريقتان ، فيحتد بالنسب ويحمل الميلاد ما .

تعدد الجنسية

التجنس وقد يكسب الشخص الجنسية من طريق التجنس (naturalisation) وفقاً لشروط تضعها كل دولة لكسب جنسيتها .

١٤ - حالة الشخص (Etat de la personne) :

ويتبين مما تقدم أن حالة الشخص تختلف باختلاف مركزه في الأسرة وفي الجنسية . فالقواعد التي تحدد مركز الشخص في أسرته (كالزواج والاعتراف بالبنوة والتبني والطلاق الخ) ، والتي تحدد حقوق الشخص وواجباته باعتباره ذا مركز معين في الأسرة (كحقوق الأب على ابنه وواجبه نحوه ، وحقوق الزوجين وواجباتهما) ، والقواعد التي تحدد كسب الجنسية أو فقدانها ، والتي تحدد حقوق المواطن والأجنبي (لا سيما في بلد توجد فيها الامتيازات الأجنبية) ، هذه القواعد جميعاً هي التي تحدد الحالة الشخصية (Etat) يضاف إلى ذلك أن الدين في بلاد الشرق له كذلك أثر كبير في الحالة الشخصية ، ففي مصر مثلاً يتوقف على الدين معرفة القانون الواجب التطبيق والمحكمة المختصة في بعض مسائل الأحوال الشخصية .

المبحث الثاني

أهلية الازدواج

١٥ - المسائل التي يتناولها البحث :

نذكر أولاً كلمة موجزة في النظرية العامة لأهلية الأداء . ثم نشير بعد ذلك إلى أحكام الأهلية في الشريعة الإسلامية وقانون المجالس الحسينية .

١٦ - النظرية العامة لأهلية الأداء

١٦ - تعريف أهلية الازدواج وتمييزها عما يستتبع بها :

أهلية الأداء هي صلاحية الشخص لعمود العمل القانوني منه على التعريف

وجه يستند به شرطا .

وتخصص الأهلية هنا بأهلية الالتزام بالعمل القانوني . وتدع جانبا أهلية الالتزام بنير العمل القانوني . كأهلية الالتزام بالخطأ في المسئولية التصديرية ، وأهلية الالتزام من طريق الأجراء بلا سبب .

ويجب التمييز بين الأهلية والولاية على المال . فالأولى هي ما عرفنا . أما الولاية على المال فهي نفوذ الأعمال القانونية التي تصدر من شخص على مال الغير ، وهي نوع من النيابة . مثل ذلك الولي والرعى والقيم ، كل هؤلاء لهم الولاية على مال الصغير والمحجور . فلا يقال أن الولي له أهلية التصرف في مال الصغير ، أو أن القيم له أهلية الإدارة في مال المحجور عليه ، بل يقال أن الولي له ولاية التصرف في مال الصغير ، والقيم له ولاية إدارة مال المحجور . فالولاية صلاحية بالنسبة لمال الغير ، أما الأهلية فصلاحية بالنسبة لمال الشخص نفسه .

كذلك يجب التمييز بين عدم الأهلية وعدم قابلية للمال للتصرف . فالقاصر غير أهل للتصرف في ماله ، وذلك يرجع لعدم أهليته . أما من وقف ماله فلا يستطيع التصرف فيما وقفه ، وذلك يرجع لعدم أهلية الواقف ، بل لعدم قابلية للمال الموقوف للتصرف . وأهمية التمييز بين عدم الأهلية وعدم قابلية للمال للتصرف أن للشخص اذا تصرف وهو غير أهل قد يكون تصرفه باطلا بطلانا مطلقا أو باطلا بطلانا نسبيا حسب الأحوال أما اذا تصرف في مال غير قابل للتصرف كالرقبة فتصرفه باطل بطلانا مطلقا في كل الأحوال .

ويجب التمييز أخيرا بين عدم الأهلية والمنع من التصرف . فقد يمنع شخص من التصرف لمصلحة مشروعة ثابتة للغير ، كما اذا باع النائب

في الشراء ماله للأصيل وقد روعي في ذلك مصلحة الأصيل . وكما إذا باع شخص ماله في مرض الموت ، وقد روعي في ذلك مصلحة الورثة . فإذا زال المانع من التصرف ، كما إذا أجاز الأصيل في الحالة الأولى ، أو أجازت الورثة أو لم يوجد وارث في الحالة الثانية . وقد تكون المصلحة العامة من التصرف مصلحة عامة ، كتحرير القانون شراء الحقوق المتنازع فيها على عمال القضاء ، وهنا المانع لا يزول مادامت المصلحة العامة تقتضيه أما عدم الأهلية للتصرف ، فبخلاف المانع من التصرف ، إنما يثبت لمصلحة عديم الأهلية نفسه ، لا لمصلحة الغير ، ولا لمصلحة عامة غير ما تتطلبه المصلحة العامة من حماية عديم الأهلية .

ويتبين مما تقدم أن أهلية الأداء ترجع لاعتبار في الشخص نفسه فما يتعلق بالتصرف في ماله . وليس هنا الاعتبار سوى القدرة على التمييز فالأهلية إنما تركز على التمييز . لذلك تكون كاملة إذا كان التمييز كاملاً وقاصرة إذا كان التمييز قاصراً ، ومعلومة إذا كان التمييز معلوماً .

الأهلية تركز على التمييز

١٧ - أهلية الأداء الكامل والقاصرة المعلومه :

أهلية الأداء الكاملة هي صلاحية الشخص لصدور جميع الأعمال القانونية عنه . وإذا اقتصرنا من الأعمال القانونية على العقود ، فهذه يمكن قسمها ، من حيث أهلية الأداء ، إلى أربعة أقسام : (١) عقود اغتناء ، وهي عقود يفتنى من ياتسرها دون أن يدفع عرضاً لذلك ، كالمحبة بالنسبة للموهوب له . (٢) عقود إدارة ، وهي عقود ترد على الشيء لاستغلاله ، كمقتد الإيجار بالنسبة للمؤجر . (٣) عقود تصرف ، وترد على الشيء لتصرف فيه بوض ، كالبيع . (٤) عقود تبرع ، وترد على شيء لتصرف فيه بغير عوض ، كالمحبة بالنسبة للواهب . فن كان كامل أهلية الأداء

الأهلية الكاملة

وجب أن يكون صالحا لمباشرة هذه الأنواع الأربعة من العقود ، فتجتمع فيه أهلية الاغتناء ، وأهلية الادارة ، وأهلية التصرف ، وأهلية التبرع . وهذا لا يمنع الا لكامل التمييز .

أهلية الأداء القاصرة هي أهلية الشخص لصدر بعض الأعمال القانونية منه دون البعض الآخر . فالمصبي المميز القاصر في تمييزه أهلية قاصرة ، اذ هو أهل للاغتناء ، وقد تكون له أهلية ادارة محدودة ، أما أهلية التصرف عنده فمعدومة الا في ظروف معينة ، وأهلية التبرع معدومة بقتا .

الأهلية المدومة وقد تكون أهلية الأداء معدومة . فالمصبي غير المميز (أى حديم التمييز) لا يتوافر فيه أى نوع من أنواع أهلية الأداء ، فهو غير أهل لا للتبرع ولا للتصرف ولا للادارة ولا للاغتناء ، وكل عمل قانونى يصدر منه يكون باطلا .

§ ٢ - أحكام الأهلية في الشريعة الاسلامية وقانون المجالس الحسبية

١٨ - الأدوار الطبيعية في حياة الانسان :

يقسم علماء أصول الفقه الأدوار الطبيعية التي يمر بها الانسان في حياته الى أربعة أدوار : (١) قبل أن يولد وهو جنين (٢) من وقت ولادته الى سن التمييز (٣) من سن التمييز الى سن البلوغ (٤) من سن البلوغ الى سن اللوت .

أما الجنين فليست له أهلية الأداء . وقد قلنا أنه قد تكون له أهلية الجنين وجوب من بعض الوجوه .

وكذلك المصبي غير المميز معدوم أهلية الأداء . وله ولي أو وصي . المصبي غير المميز

فالولي هو الأب ثم الجد الصحيح . فان لم يوجد أحد منهما فوصى . والولي أو الوصي يباشر عن الصغير أهلية الاغتناء مطلقا وأهلية الادارة وأهلية التصرف في حدود معينة . أما أهلية التبرع فلا يباشرها أحد . وكل هذا يكون برقابة المجلس الحسبي .

الوصي المميز

والوصي للمميز — ومن التمييز هي السابعة — له أهلية أداء ناقصة . فله أن يباشر ما كان نافعا له فحشا محضا ، أى أن له أهلية الاغتناء ، فيستطيع قبول الهبة . وليس له أن يباشر ما كان ضارا به ضررا محضا ، أى ليست له أهلية التبرع ، فلا يستطيع أن يهب ماله . أما الأعمال الماثرة بين النفع والضرر ، وتنضم أهلية الادارة وأهلية التصرف ، فلا أهلية له فيها ، ويباشرها عنه الولي أو الوصي ، في الحدود التي سبقت الإشارة إليها في حالة الوصي غير للمميز . على أنه متى بلغ القاصر ثمانى عشرة سنة ، ولم يمنع من التصرف ، جاز له تلم أمواله ليدبرها بنفسه .

البالغ الرشيد

وبالغ الرشيد — ومن الرشد احدى وعشرون سنة — يصبح كامل أهلية الأداء فله أهلية الاغتناء وأهلية الادارة وأهلية التصرف وأهلية التبرع ، يباشر كل ذلك بنفسه .

١٩ — عوارض الأهلية :

قد يبلغ الانسان سن الرشد ، ولكن أهلية الأداء عنده تتأثر بعد ذلك بعوارض يرجع الى العقل ، وهو المجنون أو السفيه ، أو يرجع الى التدبير ، وهو السفه أو النفلة . فيحجر على المجنون والمعتوه والسفيه وذو النفلة وينصب قوام عليهم .

المجنون

فالمجنون يحجر عليه المجلس الحسبي ، ويختار له قيا ، ما لم يكن له ولي

لُب أو جد صحيح . وأهلية الأداء عند المجنون مطبوعة ، كالصبي غير المميز .
وولاية القيم على المجنون كولاية الوصي على الصغير ، ياتر وحده من
الأعمال ما ياتره الوصي وحده ، ويستأذن المجلس الحسي في الأعمال التي
يستأذن فيها الوصي ، ولا يستطيع مباشرة الأعمال التي لا يستطيع مباشرتها
الوصي . وكذلك الولي على المجنون مثل الولي على الصغير من حيث سعة
الولاية .

والمعتوه يجبر عليه كذلك ، ويختاره قيم ، إذا لم يكن له ولي . المعتوه
والقيم والولي على المعتوه كالقيم نفسه على المجنون من حيث مدى الولاية .
أما المعتوه نفسه فقد يكون غير مميز ، فتتحم عنه أهلية الأداء ، شأنه في
ذلك شأن الصغير غير المميز والمجنون . وقد يكون مميزا ، فتكون عنده
أهلية أداء ناقصة ، هي أهلية الصبي المميز ، وقد سبق تحديدها .

ويجبر على السفه ، ويختاره له قيم . وولاية القيم على السفه كولاية
القيم على المجنون والمعتوه . أما السفه فتنه أهلية أداء ناقصة ، إذ أن له
أهلية الاغتناء . أما أهلية الإدارة والتصرف والتبرع فمطبوعة .

ويلحق بالسفه ذو النفقة ، فيجبر عليه ، ويختاره له قيم تكون له
ولاية القيم على السفه . وأهلية الأداء عند ذي النفقة كأهلية الأداء
عند السفه .

الفصل الثاني

الشخص المنوى

٢٠ - المسائل التي يتناولها البحث :

يبدأ بتقديم فكرة عامة عن الشخص المنوى ، فتتكم في ماهيته

وفي أقسامه . ثم فبحث نظام الشخص المعنوى : كيف يولد وكيف يعيش وكيف يموت .

المبحث الأول

ماهية الشخص المعنوى وأقسامه

§ ١ — ماهية الشخص المعنوى

٢١ — فكرة الشخص المعنوى وفوائدها :

منذ وجد المجتمع والناس تترك فرائد بجميع ضروب النشاط الفردى وأول جماعة هي الدولة ثم وجدت جماعات أخرى تتألف وتسمى الى تحقيق أغراض مشتركة . فتنشأ الجماعة ضرورة من ضرورات تطور المدنية وقد وجد في كل عصر . وهو يحمل محل نشاط الفرد ، ليسد فيه قصصين كبيرين . فتنشأ الفرد محدود في قوته ، ومحدود في مدته . أما نشاط الجماعة فيضم قوى الأفراد من كفاية ومال ويجعلها متضامنة . وهو الى ذلك غير محدود بصر من الأعمار ، ولا يسرع اليه الفناء ، كما يسرع الى حياة الفرد .

فالتمسك ما بين الجهود والقوى والبقاء المستقر مما من أبرز مزايا نشاط الجماعات التي يقوم على فكرة الشخص المعنوى .

التصامن والبقاء

وقد تمكنت الإنسانية ، بفضل هذا الشخص المعنوى لنشاط الجماعات ، من تحقيق كثير من أعمال البر والدين والعلم والفن والاقتصاد والتجارة ، فوجدت الجماعات الخيرية والدينية والعلمية والفنية والاقتصادية والتجارية ، وكسبت بفضل الشخصية المعنوية حياة قانونية مستقرة ، تمكنت بها من تحقيق أغراضها .

الشخص المعنوي
والنشاط القانوني

ذلك لأن نشاط الجماعة لا يكون منظماً تنظيمياً مستقراً إلا من طريق إدماج الأفراد الذين تتألف منهم الجماعة في شخصية واحدة ، تقوم بنشاطها القانوني كما يقوم الفرد ، فتكسب الحقوق ، وتترتب في ذمتها الالتزامات ، وتتعاقد ، وتتقاضى ، إلى غير ذلك من مظاهر النشاط القانوني . وهذا ما نبر عنه بالشخصية المعنوية .

المؤسسات

بل أن الشخصية المعنوية قد تقوم ، لا على جماعة من الناس بل على فرض من الأغراض يراد تحقيقه ، عمل من أعمال البر أو التعليم أو الفن أو غير ذلك يرصد له مال يكفل القيام به . فالشخصية المعنوية أساسها هنا هذا الفرض المقصود وهذا المال المرصود ، دون نظر إلى الجماعات المتخيرة التي تتولى تحقيق هذا الفرض باستعمال هذا المال . وهذا ما يسمى بالمؤسسات أو المؤسسات (Etablissements; Fondations).

وفي الشريعة الإسلامية يقوم نظام الوقف بتحقيق بعض ما يحقته نظام الشخص المعنوي . إلا أن الوقف نظام جامد لا يتسع لكل ما تنبع له فكرة الشخصية المعنوية .

٢٢ - النظريات المختلفة في ماهية الشخص المعنوي :

نظرية الفرض
القانوني

جرى فقهاء الرومان ، ومن بعدهم الفقهاء الفرنسيون إلى عهد قريب ، حل اعتبار الشخصية المعنوية فرضاً قانونياً (fiction légale) لا حقيقة واقعة . ويستندون في ذلك إلى أن الشخص لا يكون حقيقة واقعة إلا إذا كان قادراً على التفكير والإرادة ، وهذا هو شأن الشخص الطبيعي ، فالقانون لا يخلق شخصيته بل يقتصر على الاعتراف بها . أما الشخص المعنوي ، وهو غير قادر على التفكير والإرادة ، فالقانون يخلق شخصيته خلقاً ، ويخلفها عليه فرضاً لا حقيقة ، حتى يمكنه بذلك أن يحيا حياة

قانونية تشتمل على مظاهر النشاط القانوني . ويرتب أنصار هذه النظرية على أن الشخص الممنوع شخص مصطنع وهي تيجتين خطيرتين . أولاهما أن القانون وحده هو الذي يمنح الشخصية الممنوعة ، وليس الشخص الممنوع إلا خلق القانون ، فلا يجاوز حدود البلاد التي خلق فيها . والنتيجة الثانية أن القانون الذي خلق الشخص الممنوع هو الذي يحدد الحقوق التي تمنح لهذا الشخص ، فله أن يضيق في هذه الحقوق ، وأن يوسع فيها ، وله أخيرا أن يسلب الشخص الممنوع شخصيته فهو الذي أعطاه إياه . وقد أصبحت نظرية الفرض القانوني نظرية مبهورة ، بعد أن عصبها النقد ، وبخاصة عند فقهاء الألمان . فليس صحيحا أن الشخص لا يكون شخصا إلا إذا كان قادرا على التفكير والارادة ، فهذا هو المجنون والصبي غير المميز ، وهما معذوما الارادة والتفكير ، يعتبر كل منهما شخصا حقيقيا . والواقع أن الشخص الممنوع يستمد شخصيته من ضرورة وجوده قبل أن يترف به القانون . وليس من الحق أن يتحكم القانون في الشخص الممنوع وجودا وعدما ، فإن الشخصية الممنوعة ضرورة اجتماعية لا يستطيع القانون إلا أن يسلم بها .

وقد قامت ، إلى جانب نظرية الفرض القانوني سد هجرها ، نظريتان أخريان متضادتان . الأولى تنفي فكرة الشخصية بتاتا ، ولا ترى في الشخص الممنوع إلا ضربا من ضروب الملكية ، هي الملكية المشتركة (propriété collective) : والأخرى ، على النقيض من ذلك تؤكد فكرة الشخصية ، وتذهب في تأكيدها إلى حد بعيد ، حتى تقلبها من شخصية فرضية (personnalité fictive) إلى شخصية حقيقية (personnalité réelle).

ويذهب أنصار نظرية الملكية المشتركة وعلى رأسهم الأستاذ

نظرية الملكية
المشتركة

بلائيول (Planiol) الى أن الميز الرئيسى للشخص المعنوى هو وجود مال مستقل يملكه . ولما كان هذا المال يستلزم وجود مالك ، فقد لجأ أصحاب نظرية الشخصية القرضية ، الى خلق شخص وهمى يستنون اليه الملكية . ولما فى حاجة الى هذا الخيال لتخفى تحته ضربا من الملكية هى الملكية المشتركة . فأن المال الذى تستند ملكيته الى هذا الشخص المزعوم انما هو مملوك لجميع الأفراد الذين تتألف منهم الجماعة ، لا ملكية فردية يتحدد فيها نصيب كل شريك مفرزا أو شائعا ، ولكن ملكية مشتركة لا يتحدد فيها نصيب الفرد ، بل الجماعة هى التى تملك ، وتتامل ، وتسد اليها الحقوق . وصحب نظرية الملكية المشتركة هو أنها تركز الشخص المعنوى فى المال الذى يملكه . وما المال الا وسيلة لتحقيق الغرض الذى يسمى اليه الشخص المعنوى . فإذا كان لنا أن نقف عند مميز رئيسى للشخص المعنوى ، فينبغى أن يكون هذا الميز هو الغرض الذى من أجله وجد هذا الشخص . وهناك فروض ترى فيها المال أمرا ثانويا بجانب الغرض ، كما هو الأمر فى الدولة التى هى أكثر شخص معنوى ، فأتينا لا نستطيع أن نصف الدولة بأنها مجموعة من المال ، بل أن العلامة المميزة للدولة هى الغرض الذى قامت من أجله . وهناك فروض للشخص المعنوى لا يوجد فيها المال أصلا ، كما اذا تألفت جمعية أدبية أو علمية تسعى لأغراض غير مالية بوسائل غير مادية .

نظرية الشخصية
الحقيقية

أما أنصار نظرية الشخصية الحقيقية فيذهبون الى أن الشخص المعنوى هو شخص حقيقى لا فرضى . وقد انتصر لهذه النظرية بنوع خاص قهاء الألمان ؟ وعلى رأسهم الأستاذ جييرك (Gierke) . وهم يقولون أن الذى يميز الشخص هو الإرادة . وللشخص المعنوى إرادة كما

الشخص الطبيعي ، ارادة مستقلة عن ارادة الأفراد الذين يتألف منهم هذا الشخص ، وما علينا الا أن ننظر الى الفرد منعزلا ، ثم الى الفرد في الجماعة . فالفرد ، وهو بعيد عن الجماعة ، لا تكون ارادته هي نفسها الارادة التي يندمج بها في الجماعة . فارادة الجماعة أو الشخص للمعنى وليدة احتكاك الارادات الفردية وتضاربها ، وما يقتضي ذلك من مساومة وتسليم وتصالح . فهي ارادة مستقلة تتأخر الارادات الفردية التي دخلت في تكوينها . وعيب هذه النظرية المبالاة في تشبيه الشخص للمعنى بالشخص الطبيعي . وقد قدمنا أنه ليس من الضروري أن تتركز الشخصية على الارادة ، وليس من الضروري حتى تثبت الشخصية للشخص للمعنى أن تجعله كالشخص الطبيعي من جميع الوجوه .

ويكفي في نظرنا أن نقول أن الشخص للمعنى له شخصية قانونية كما للشخص الطبيعي . وإذا كان الشخص الطبيعي يختلف كل الاختلاف من الشخص للمعنى في تكوينه للأدى والنفس فإن القانون لا يعنيه من الشخص التكوين البيولوجي أو التكوين النفسي ، بل ينظر اليه من الناحية القانونية . والناحية القانونية هي أن يكون الشخص محلا للحقوق والواجبات كما قدمنا . فالشخص للمعنى والشخص الطبيعي سواء من هذه الناحية ، لأن كلا منها شخص قانوني . ولم يجعل القانون الشخص للمعنى محلا للحقوق والواجبات تحكما ، بل لأنه وجد الشخصية المسوية حقيقة اجتماعية فاعترف بها . ووجد فيها معنى الشخصية القانونية ، فصاغها على هذا القرار . والشخص للمعنى كالشخص الطبيعي يشمل على جزء من الحقيقة ، وهو ما يسميه الأستاذ جني بمنصر العلم ، وجزء من الصنعة ، وهذا ما يسميه بمنصر الصياغة .

نظرة الشخصية
القانونية

٢٣ — مشخصات الشخص المعنوى :

ولما كانت نظرية القرض القانونى قد هجرت ، وأصبح الشخص المعنوى فى نظر المدرسة الحديثة حقيقة واقعة ، نرى أن نذكر أن هذا لا يبنى أن كل جماعة من الناس تسبغ عليها الشخصية المعنوية دون حساب . فالشخص المعنوى مشخصات تقوم . وقد حصرها الأستاذ كاييتان فى مقومين :

أفراد لا يقصدون
لذواتهم

(١) الأفراد الذين يتألف منهم الشخص المعنوى ينبغى أن يكونوا أفرادا لا يقصدون لذواتهم ، بل يجوز أن يخرجوا ويحل محلهم آخرون . وهكذا يكون الشخص المعنوى ثابتا فى شخصيته ، متغيرا فى الأفراد الذين يتألف منهم . أما اذا دخل أفراد بذواتهم ، كما فى شركات التضامن ، فالشخصية المعنوية لا تكون عندئذ الا من صنع القانون .

مصلحة مشتركة
مستقرة

(٢) ويجب أيضا أن تضم هؤلاء الأفراد مصلحة مشتركة مستقرة يسمون اليها جميعا . وهذه المصلحة المشتركة هى الأساس الذى يقوم عليه الشخص المعنوى . وما لم يوجد هذا القرض العام الثابت فليست الجماعة الا مجموعة من الأفراد ، يحتفظ كل فرد فيها بشخصيته ، وليست لها شخصية واحدة تدعها جميعا فى وحدة متأسكة .

٢٤ — أقسام الشخص المعنوى

٢٤ - الشخص المعنوى العام والشخص المعنوى الخاص :

ينقسم الشخص المعنوى ، اقساما أوليا ، الى شخص معنوى عام وشخص معنوى خاص .

الشخص المعنوى
العام

فالشخص المعنوى العام يتولى سلطة عامة ، ويكون جزءا من هيئات الدولة .

والشخص المعنوي الخاص لا يتولى سلطة عامة ، بل يكون من صنع الأفراد ، يقوم على علاقات أو على مصلحة عامة .

الشخص المعنوي الخاص

٢٥ — أقسام الشخص المعنوي العام :

على رأس الأشخاص المعنوية العامة الدولة ، وهي شخص معنوي يتولى السلطة العامة المركزية .

الدولة

والى جانب الدولة توجد سلطات عامة محلية ، تقل أو تكثر تبعاً لقوة المركزية فى الإدارة أو ضعفها فى مصر تعتبر المدن والقرى والمديريات أشخاصاً معنوية عامة ، تمثلها المجالس البلدية والمجالس المحلية ومجالس المديريات .

المجالس البلدية والمحلية ومجالس المديريات

والى جانب هذه السلطات العامة المحلية ، توجد سلطات عامة أخرى تشرف على مصالح عامة مركزية ، وتتمتع باستقلال ذاتى عن السلطة المركزية . مثل ذلك فى مصر الجامعة المصرية والجامعة الأزهرية ووزارة الأوقاف وتقايلت المحامين . وهذا ما يسميه الفرنسيون بالمنشآت العامة (Etablissements publics) .

الجامعات ووزارة الأوقاف وتقايلت المحامين

٢٦ — أقسام الشخص المعنوي الخاص :

وينقسم الشخص المعنوي الخاص الى جمعيات (associations) ومؤسسات (fondations) وشركات (sociétés) .

الجمعيات هي طائفة من الأفراد يؤلفون جماعة لتحقيق مصلحة عامة أو مصلحة خاصة دون أن تكون هذه المصلحة هي الكسب المادى . مثل ذلك الجمعية الخيرية الاسلامية وجمعية العروة الوثقى والجمعية الزراعية والجمعية الجغرافية وجمعية الاقتصاد والتشريع والاحياء وجمعية المواصلات

الجمعيات

وجمعية الاسعاف ونادى الموسيقى الشرق وغير هذه من الجمعيات التى تحقق مصلحة عامة : عملا من أعمال البر أو التعليم أو العلم أو الفن أو غير ذلك . ومثل ذلك أيضا النوادى الرياضية والنوادى الأدبية والعلمية والفنية وغيرها من النوادى ، واتحاد الجامعة المصرية وجمعية الشبان المسلمين وجمعية الشبان المسيحية وقابلات العمال والفنرف التجارية وغير هذه من الجمعيات التى تحقق مصلحة خاصة مقصورة على أعضائها دون أن يدخل فى ذلك فكرة الكسب المادى . وهذه الجمعيات على اختلاف أنواعها اعترف لها فى أكثر البلاد بالشخصية المنوية بمجرد تأليفها وتنظيمها . وتوجد تشريعات للاعتراف بهذه الشخصية وتنظيمها كتشريع أول يوليه سنة ١٩٠١ فى فرنسا . أما فى مصر فاقضاء اعترف لهذه الجمعيات بالشخصية المنوية .

المؤسسات
والمؤسسات هى مجموعة من المال ترصد لعمل من أعمال البر والاحسان أو لعمل يحقق مصلحة عامة ، وذلك كلالاجىء والمستشفيات والمدارس ومساعد الموسيقى ، والفرق بينها وبين الجمعيات أن المؤسسات مجموعة من المال ، أما الجمعيات فهى طائفة من الأشخاص كما قلنا . ولا يسمح فى فرنسا بالشخصية المنوية للمؤسسات الا بترخيص ادارى بعد اتباع اجراءات خاصة . أما فى ألمانيا وسويسرا فالمؤسسات قواعد تنشأ بمقتضاها وتنظم . وفى مصر لا توجد قواعد للمؤسسات كما فى ألمانيا وسويسرا ، بل لا يوجد كذلك نظام لترخيص الادارى كما فى فرنسا . وقد أغنى عن ذلك نظام الوقف المعروف الى حد ما . على أن الحاجة لا تزال شديدة الى تنظيم المؤسسات فى مصر ، فهناك مؤسسات ، كجمعية القرش والجوائز الرياضية والعلمية من كؤوس ومكافآت مالية ، نحتاج الى تنظيم ويضيق بها نظام الوقف .

والشركات (sociétés) هي طائفة من الأفراد يؤلفون جماعة

الشركات

لتحقيق مصلحة خاصة هي الكسب المادي (but lucratif) . وهي على نوعين شركات مدنية (sociétés civiles) وشركات تجارية (sociétés commerciales) .

والشركات المدنية تقوم بأعمال مدنية غير تجارية بنرض الكسب

الشركات المدنية

للمادي . مثل ذلك قاعات التماون بمختلف أنواعها ، ومثل ذلك أيضا الشركات المقارية وهي التي تقوم ببيع الأراضي للأفراد لبناء عليها ، ومثل ذلك أخيرا الشركات التعاونية لقصر الكتب وللتولقات . وكثيرا ما تتخذ هذه الشركات شكلا تجاريا لتدخل في اختصاص المحاكم التجارية وتسمى بالشركات المدنية ذات الشكل التجاري (Sociétés civiles à forme commerciale) .

أما الشركات التجارية فهي أنواع ثلاثة : (١) شركة التضامن

الشركات التجارية
شركة التضامن

société en nom collectif وهي شركة يكون جميع الشركاء فيها متضامين ومستولين عن جميع ديون الشركة في جميع أموالهم —

(٢) شركة التوصية (société en commandite) ، وهي شركة يكون

شركة التوصية

بعض الشركاء فيها متضامين ومستولين عن جميع ديون الشركة في جميع أموالهم ، ويكون البعض الآخر مسئولاً عن ديون الشركة بمقدار ما دفعه من المال في الشركة وليس له شأن في إدارتها — (٣) شركة الأسهم

شركة الأسهم

(société anonyme) وهي شركة يساهم فيها كل شريك بحصة من رأس المال ، ولا يكون مسئولاً عن ديون الشركة إلا بقدر هذا الجزء . وشركات الساهمة هي الأكثر شيوعاً في ميدان النشاط التجاري ، لأنها شركات تجتمع الكثير من المال دون أن تعرض الشركاء إلى خطر على غير المال الذي ساهموا به في الشركة .

المبحث الثاني

نظام الشخص المعنوي

١٥ - كيف يولد الشخص المعنوي

٢٧ - لمحة تاريخية :

عرف القانون الروماني الشخصية المعنوية بنوعها : جماعة من الأشخاص (universitates personarum) ومجموعة من المال (universitates bonorum). أما الشخص المعنوي القدي يتألف من جماعة من الأفراد فقد كان ينشأ ، حتى عهد الامبراطورية ، دون حاجة الى ترخيص خاص بذلك ، بل كان يكفي أن يضع الشخص المعنوي لنفسه نظاما (statut) حتى يكسب الشخصية للمعنوية . ثم جاء عهد الامبراطورية ، وبدأت الدولة تقلل من نفوذ الجمعيات وتخشى من خطرها السياسي . فأصبحت الجمعية (أو الشخص المعنوي) لا يجوز تأليفها كقاعدة عامة الا اذا حصلت على ترخيص خاص بذلك من مجلس الشيوخ (Sénat) ومضى حصلت على هذا الترخيص ألغت ، وبمجرد تأليفها تكسب الشخصية المعنوية . أما الشخص المعنوي القدي يتألف من مجموعة من المال ، وهو ما يسمى بال مؤسسة ، فقد عرفه الرومان منذ عهد قسطنطين ، بعد أن اعتنقت الدولة الرومانية الدين المسيحي ، وكانت الأموال ترصد لأعمال البر والدين ، لكنائس والأديرة والمستشفيات والملاجئ . ، بطريق الرصبة أو الهبة فكسب هذه المؤسسات الشخصية المعنوية ، دون حاجة الى ترخيص خاص بذلك على رأى .

القانون الفرنسي القديم

وقيت تعاليد القانون الروماني في القانون الفرنسي القديم . ولم يكن

يسمح للجامعة بأن تتألف الا بترخيص ملكي . ولكن متى رخص في تأليفها ، أصبحت شخصا مضموا بمجرد التأليف . وكذلك كان شأن المؤسسات (fondations) .

النزعة الفرنسية

وفي عهد الثورة الفرنسية تقررت حرية الاجتماع ، فأصبح من حق كل جماعة أن تتألف دون ترخيص خاص بذلك ، ولكن بقي الترخيص ضروريا لمنح الشخصية المعنوية للجماعات المؤلفة . ومن هنا وجد التمييز بين حق تأليف الجماعات ، وهذا الحق لا يقتضى ترخيصا خاصا ، وحق الشخصية المعنوية ، ويقتضى الترخيص . وجاء التقنين الفرنسى مؤيدا لهذا التمييز . ولكنه جعل الجامعة سواء في تأليفها أو في كسبها للشخصية المعنوية ، خاضعة لترخيص خاص بكل من الأمرين . ولما قويت روح الجامعة في غضون القرن التاسع عشر ، وكثر تأليف نقابات العمال ونقابات أصحاب العمل ونقابات الموظفين والجمعيات الخيرية والأدبية والعلمية والفنية ، زالت القيود المتقدمة بالتدريج ، وأصبح الآن ، بمقتضى قانون أول يولييه سنة ١٩٠١ في فرنسا ، من حق كل جماعة أن تتألف دون ترخيص ، ومتى قامت ببعض اجراءات معينة تتعلق بالنشر والاعلان عن وجودها ، كسبت الشخصية المعنوية كذلك دون ترخيص ادارى . فالترخيص لم يعد اذن ضروريا في فرنسا لا في تأليف الجماعات ولا في كسبها للشخصية المعنوية . على أن نظام المؤسسات (fondations) استثنى من هذا التسامح ، وظل خاضعا لترخيص الادارى ، فلا يجوز ايجاد مؤسسة تكون لها الشخصية المعنوية الا بعد الحصول على ترخيص ادارى يترفعلها بأنها تقوم بخدمة عامة (reconnaissance d'utilité publique) .

التقنين الفرنسى

قانون سنة ١٩٠١

٢٨ - طرق إنشاء الشخص المعنوى :

تبين عما قدمناه أن الشخص المعنوى ، في مراحل تطوره ، تردد بين

أن يكون نشوءه حراً دون حاجة إلى ترخيص خاص ، وأن يكون مقيماً بهذا الترخيص . وأن الترخيص ينصب قلرة على تأليف الجماعة التي يتكون منها الشخص المعنوى ، فإذا ما تألفت كست الشخصية المعنوية من تلقاء نفسها ، وينصب طوراً على كسب الشخصية المعنوية ذاتها .

الشخص المعنوى العام

وفي الوقت الحاضر ينلب أن يكون نشوء الشخص المعنوى حراً غير خاضع لترخيص الادارى . أما الشخص المعنوى العام فيستند شخصيته من القانون الذى أنشأه ، كما هو الأمر فى مجالس المديرىات ووزارة الأوقاف والجامعة المصرية فى مصر ، على أن الدولة ، وهى السلطة المركزية ، تستند شخصيتها من العرف والتقاليد .

الشخص المعنوى الخاص :

الجميات

ثم أن الشخص المعنوى الخاص ، اذا كان جمعية ، يكسب الشخصية بمجرد تأليف الجمعية كما قدمنا ، وهذا ما يقضى به القانون فى فرنسا ، وما يقرره القضاء بالنسبة لبعض الجميات فى مصر . على أن مصر ينقصها تشريع يضاهى التشريع الفرنسى فى عموميته .

الشركات

واذا كان الشخص المعنوى شركة مدنية أو تجارية ، فإنه يكسب الشخصية المعنوية بمجرد تأليفه طبقاً للأوضاع المقررة ، وهذا بمقتضى القانون فى فرنسا وفى مصر . وقد صدرت تشريعات خاصة فى مصر تعترف بالشخصية المعنوية لبعض الشركات المدنية ، كلقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٢٧ بشأن الجميات التعاونية . ويلاحظ أيضاً أن شركات الأسهم فى مصر يشترط فى تأليفها أن يصدر بها مرسوم .

الؤسسات

بقيت المؤسسات . وهذه تنشأ فى ألمانيا وسويسرا باتباع قواعد معينة قررها القانون . ولا يشترط القانون السويسرى ترخيصاً ادالياً بإنشائها . أما فى فرنسا وفى مصر فلا توجد نصوص تشريعية تنظم

للمؤسسات . والطريق في فرنسا الى انشاء المؤسسات هو أن يخصص للنشء جزءا من ماله للغرض الذى يقصده من المؤسسة ، ثم يحصل بعد ذلك من الجهة الادارية على ترخيص باعتبار المؤسسة من المنافع العامة ، فتصبح بذلك شخصا معنويا له وجود مستقل ، ولكن هذه الشخصية المعنوية لم يخلقها المنشئ بل ارادته ، بل الترخيص الادارى هو الذى خلقها . والمنشئ أن يملك طريقا غير مبلثر ، بأن يهب أو يوصى لشخص معنوى موجود من قبل مالا ، على أن يخصصه الشخص المعنوى للغرض الذى يقصد اليه ، كأن يوصى لمجلس من المجالس البلدية مالا على أن ينشئ به مستشفى أو مدرسة أو نجر ذلك ، ولا بد من الحصول على ترخيص ادارى بقبول الشخص الموصى لهذا التبرع تطبيقا للدين ٩١٠ و ٩٣٧ من القانون المدنى الفرنسى ، وأن يكون الغرض الذى حصص له المال داخلا في مهمة الشخص المعنوى . أما في مصر فيمكن انشاء المؤسسات من طريق نظام الوقف ، فيقف المنشئ المال الذى يريد تخصيصه للغرض الذى يقصد اليه ، فيصبح المال موقفا على هذا الغرض ، ويقوم ناظر الوقف باستئلاله لما خصص له . على أنه من المرغوب فيه أن يوضع في مصر تشريع للمؤسسات على مثال التشريع السويسرى والألماني ، فان مثل هذا التشريع يكون أكثر مرونة من نظام الوقف ، اذ ينظم ادارة المؤسسة على نحو يتفق مع الحاجات العملية ، ويسمح لجمهور كبير من الناس أن يكتتب في انشاء مؤسسات حيث لا يسمح نظام الوقف بانشاءها ، وحيث يستعان الآن بطريق ملتو على الوصول الى الغرض المقصود بانشاء جمعيات من الأشخاص لامؤسسات من الأموال كذلك ينظم هذا التشريع رقابة الجهة الادارية على المؤسسات (أما في نظام الوقف فالحاكم التشريعية هي التى لها حق الرقابة) .

و يرخس المؤسسة أن تتحول من غرض الى غرض آخر ، متى تبين أن الغرض الذي أنشئت من أجله قد فقد أهميته أو أصبح مخالفا لروح الزمن أو لتنظام العام . كل هذه مزايا لا تتوافر في نظام الوقف . هذا الى أن الوقف يجب أن ينتهي الى جهة لا تنقطع ، فلا يمكن اذن وقف مال على مشروعات اجتماعية أو اقتصادية ابتداء و انتهاء ، اذا لم تدخل هذه للمشروعات في دائرة جهات البر .

٢٨ - كيف يعيش الشخص للمعنى

(نشاط القانوني)

٢٩ - مظاهر النشاط القانوني للشخص المعنوي :

أهلية وجوب وأهلية
أداء متى أنشئ . الشخص للمعنى على الوجه التقسيم ، كان له من النشاط القانوني ما يضاهي به الشخص الطبيعي . فالشخص للمعنى ، كالشخص الطبيعي ، أهلية وجوب وأهلية أداء .

والشخص للمعنى ، كالشخص الطبيعي ، متعلقات : الاسم والوطن والجنسية . وإذا قصه أن تكون له أسرة ، فذلك يرجع الى طبيعة الأشياء .

٣٠ - أهلية الوجوب :

أهلية الوجوب هي نفس الشخصية كالقلمنا . فالشخص للمعنى له أهلية وجوب ، أي أنه يشع بشخصية قانونية . وهذا هو أكبر ميز للشخصية للمعنى .

ضروب النشاط
القانوني

ويترتب على ذلك أن الشخص المعنوي يحيا حياة قانونية كالشخص الطبيعي . فله أن يملك ، وأن يعترف في ملكه ، وأن يتعاقد ، وأن يفتحق . وبالجملة فتندمج الجماعة في شخص واحد ، يتقدم الى ميدان

النشاط القانوني باسمه ، بعد أن تفتى فيه جميع الأفراد التي دخلت في تكوينه . وهذه هي الزية الكبرى للشخصية المنوية كما قلنا .

على أن أهلية الوجوب للشخص المنوي يرد عليها قيدان ، قيد يرجع لطبيعة الشخص المنوي ، والقيد الآخر يرجع الى مبدأ التخصص (principe de spécialité) الذي يسود نظام الشخصية المنوية .

قيدان :

أما ما يرجع لطبيعة الشخص المنوي ، فمن ذلك روابط الأسرة . وقد قلنا أن طبيعة الشخص المنوي تأتي أن تكون له أسرة . فلا يتصور أن يترتب للشخص المنوي حقوق من الزواج أو البنوة أو نحو ذلك . ويرجع كذلك الى طبيعة الشخص المنوي أن تتعلم مسئوليته الجنائية ، فشرط هذه المسئولية القصد الجنائي ، والقصد الجنائي لا يتوافر الا عند الشخص الطبيعي .

طبيعة الشخص
المنوي

ومبدأ التخصص الذي يفيد من أهلية الشخص المنوي يقضي بأن هذا الشخص إنما أنشئ لفرض معين قد تخصص لتحقيقه . فمناشطه القانوني يتحدد بهذا الفرض ، ولا يجوز له أن يجاوزه . وكل عمل قانوني يقوم به يجب أن يكون داخلاً في دائرة هذا التخصص . مثل ذلك جمعية خيرية ، لا يجوز لها أن تقوم بأعمال تجارية . وشركة تجارية ، لا يجوز لها أن تقوم بعمل سياسي ، ومؤسسة لاحدى المستشفيات ، لا يجوز لها أن تنشئ ملجأ أو مدرسة ، وهكذا . وإذا كان مبدأ التخصص منطلقاً ، فهو أيضاً على من شأنه أن يدفع خطرين مخيفين عادة من الشخص المنوي ، أولهما أن الشخص المنوي جدير أن يجمع من أسباب القوة ما يجعله خطراً على الدولة ، فينبى اذن أن يحدد نشاطه . والخطر الثاني أن المال الذي يملكه الشخص المنوي ، ما لم يكن هذا الشخص شركة ، يخرج

مبدأ التخصص

حالة التماثل (main morte) وفي هذا ضرر ينبغي تلافيه بتحديد ما يحق للشخص المعنوي أن يملكه ، بالنظر الى النرض الذى أنشئ من أجله .

٣١ - أهلية الاداء :

أهلية الاداء، الكلمة وللشخص المعنوي ، بوجه عام ، أهلية أداء كاملة . اذ يستطيع أن يستعمل الحقوق التى يتمتع بها ، واذا كانت طبيعة الشخص المعنوي تأبى عليه ، وهو فكرة مجردة ، أن يستعمل الحقوق الا من طريق أشخاص طبيعية يمثلونه فى استعمال هذه الحقوق . فان هذا لا يبنى أى قص فى أهلية الاداء للشخص المعنوي .

أهلية الاداء الخاصة على أن هناك أشخاصاً معنوية عامة ناقصة أهلية الاداء . فلا تستطيع استعمال الحقوق التى تتمتع بها ، أو استعمال بعضها ، الا بتفويض أو تصديق من السلطة المركزية . مثل ذلك مجالس المديرات والمجالس البلدية تجتمع فى بعض قراراتها لتصديق وزارة الداخلية ، ومجلس الجامعة المصرية يجتمع فى أكثر قراراته لتصديق وزير المعارف .

٣٢ - اسم الشخص المعنوي :

اسم متزع من الشخص المعنوي اسم يميزه كـ الشخص الطبيعي . ويتزع الاسم عادة من النرض الذى أنشئ الشخص المعنوي لتحقيقه .

الشركات التجارية ، اذا كانت شركات تضامن أو توصية ، تتخذ اسم واحد أو أكثر من الشركاء التضامنين اسماً للشركة . أما شركات الأسهم فيتخذ النرض المقصود منها اسماً لها .

٣٣ - موطن الشخص المعنوي :

والشخص المعنوي موطن يحدد عادة بأنه محل العمل الرئيسى . وفي

تحديد هذا الموطن نفس الفوائد التي تتحقق في تحديد موطن الشخص الطبيعي .

فروع في جهات مختلفة

على أن كثيرا من الأشخاص المعنوية ، كالشركات مثلا ، يكون لها فروع في جهات مختلفة . فيبقى موطنها في المحل الرئيسي ، على أنه يجوز أن تخاصي أمام المحاكم التي توجد هذه الفروع في دائرة اختصاصها .
ويلاحظ أن الحكومة المصرية تخاصي أمام محاكم معينة حددها القانون ولا تفرد محكمة مصر بالاختصاص .

٣٤ - جنسية الشخص المعنوي :

والشخص المعنوي جنسية مستقلة عن جنسية الأفراد الذين يدخلون في تكوينه . وتحدد الجنسية بالمقر الرئيسي لأعمال الشخص المعنوي أو موطنه . ويتخذ الشخص المعنوي جنسية الدولة التي يوجد فيها هذا الموطن .
فالشركات التي تتخذ مقرا عملها الرئيسي في مصر تكون شركات مصرية .
والمبرة بالواقع ، فإذا قامت الشركة اتخذت بلدا مقرا لعملها الرئيسي ، فقد اتخذت جنسية هذا البلد ، حتى لو ذكر في عقد الشركة بطريقة هورية أو بقصد الخس أن مقر العمل موجود في جهة أخرى .

جنسية الموطن

يبي أن نصرف حالة الشخص المعنوي في بلد أجنبي . والقاعدة المتعارف بها أخيرا أن الشخص المعنوي يبقى محتفظا بشخصيته المعنوية في البلاد الأجنبية ، فيتمتع بنشاطه القانوني في هذه البلاد كما يتمتع بذلك في بلده . إلا أن كل بلد أجنبي يستطيع أن يضع من القيود على نشاط الشخص المعنوي الأجنبي ما يتفق مع مصلحته .

الشخص المعنوي
الأجنبي

٣٤ — كيف يموت الشخص الممنوع

(طرق انقضاء الشخص الممنوع)

٣٥ — طرق الانقضاء :

ينقضى الشخص الممنوع العام بسحب الشخصية الممنوعة منه بنص الشخص الممنوع العام قانوني .

أما الشخص الممنوع الخاص فينقضى بانتهاء النرض التي أنشئ من أجله . وينتهي كذلك اذا حكم القضاء بإطلاقه لسبب من الأسباب ، كما لم كان مخالفا للمظام العام أو للآداب . وينتهي أيضا اذا كان الترخيص ضروريا في انشائه ثم سحب هذا الترخيص . وينتهي أخيرا اذا قرر ذلك الأفراد الذين دخلوا في تكوينه ، ويتبع في هذا الشأن وما تم الاتفاق عليه ما بين هذه الأفراد .

٣٦ — تصفية مال الشخص الممنوع بمر انقضاء

فإذا ما اتفق للشخص الممنوع لسبب من الأسباب المتقدمة ، فإن ما له يصنف بالطريقة المتفق عليها من قبل ، أو بالطريقة التي يتفق عليها عند الانقضاء .

البَابُ الْإِثْنَانِ

روابط الأسرة

٣٧ — تنظيم الموضوع :

نستعرض بإيجاز تام أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية ، فهي الشريعة التي تطبق على المسلمين في مصر ، وعلى غير المسلمين في كثير من الأحكام .

وقد سبق أن قسمنا روابط الأسرة إلى روابط شخصية وروابط مالية .

روابط شخصية
وروابط مالية

١٥ — الروابط الشخصية

٣٨ — أقسامها :

يمكن تركيز هذه الروابط في الزواج والنسب .

الزواج والنسب

٣٩ — الزواج :

الزواج في الشريعة الإسلامية عقد مدني ، ينقذ بتوافق الإيجاب والقبول ، ويشترط لصحته حضور شاهدين وقت العقد يراد بحضورهما العلانية .

الزواج عقد مدني

ومتى انقضى الزواج صحى ما ثبتت الزوجية ، ووجب على الزوج لزوجته للهر المسمى أو مهر اللث ، والنقعة ما دامت غير ناشزة .

واجبات الزوج

وولاية الزوج على زوجته ولاية تأديبية ، فلا ولاية له على أموالها ،

حقوق الزوج
لا ولاية على المال :

يل لها التصرف في جميعها بلا اذنه ورضاه . ولها أن تقبض غلة أموالها ،
وتوكل غير زوجها بإدارة مصلحتها ، وتنفذ عقودها بلا توقف على أجازته
مطلقا ، ومهما تكن ثروتها فلا يلزمها شيء من النفقات الواجبة على الزوج .
أما الشرائع القبرية فكثير منها يخالف الشريعة الإسلامية في أمرين :
(١) في اعتبار الزوجة غير كلمة الأهلية ، ولا بد في فساد تصرفاتها من
إذن الزوج (٢) وفي جعل مال الزوج ومال الزوجة شركة فيما بينهما على
نحو مسين ، وإذا اتفقا على فصل المالين فإن الزوجة تلزم بقسط من النفقة
على المنزل .

أما الولاية التأديبية للزوج على زوجته فقد تقررت جزاء لحقوقه
عليها ، ومن حقوق الزوج على الزوجة أن تكون مطيعة له فيما يأمرها به من
حقوق الزوجية ويكون مباحا شرعا ، وأن تصون نفسها ، وأن تكون
محافظة على ماله . ويباح للزوج تأديب زوجته تأديبا خفيفا على كل
معصية لم يرد في شأنها حد مقدر ، ولا يجوز له أصلا أن يضربها ضربا
فاحشا ولو بحق . وإذا شكت المرأة نشوز زوجها وضربه أياها ضربا فاحشا
ولو بحق ، وثبت ذلك عليه بالبيعة ، يذّر .

الطلاق

وينقضى الزواج بالطلاق والزوج هو الذي يملك الطلاق ، وتملكه
الزوجة بالشرط . والطلاق رجعي وبائن ، فالرجعي لا يرفع أحكام الزواج ،
وتبقى الزوجة قائمة ما دامت الزوجة في المدة ، وللزوج أن يراجع زوجته
في هذه المدة دون عقد ومهر جديدين ، ولا يملك الرجعة بعد انقضاء المدة .
والطلاق البائن يرفع أحكام الزواج ويزيل ملك الزوج في الحال ، ولا
يجوز للزوج مراجعة زوجته إلا بعقد ومهر جديدين . وإذا وقع الطلاق ،
رجعيا كان أو بائنا ، مرتين ، فالطلاق للمرة الثالثة يكون طلاقا بائنا بينونة

كبرى ، يزيل الملك والمل ، ولا يجوز للزوج أن يراجع زوجته ، حتى
ولا بقدر ومهر جديدين ، بل لا ترجع إليه إلا إذا تزوجت من غيره ولا
يكون رجوعها إلا إليه بقدر ومهر جديدين .

المخلع وقد يكون المطلق باتفاق بين الزوج والزوجة ، ويسمى حلقا ،
ويقع المخلع طلاقا بائنا ، سواء كان بموضع أو بنير موضع .

٤٠ - النسب :

ثبوت النسب والنسب لا يثبت إلا بالزواج الصحيح . فإذا ولدت الزوجة ، حال
قيام الزواج الصحيح ، ولها تمام ستة أشهر فأكثر من حين عقد الزواج ،
ثبت نسبها من الزوج ، إلا إذا فاء وتلاع من مع زوجته ^(١) ، فيفترق ما بين
الزوجين ، وينقطع نسب الولد من أبيه ويلحق بأمه ، وتعتبر الفرقة باللمان
طلاقا بائنا . وإذا جاءت الزوجة بالولد لأقل من ستة أشهر منذ تزوجها ، فلا
يثبت نسبها من الزوج إلا إذا ادعاه ولم يقل أنه من الزنا .

الرضاع ويترتب على النسب حقوق وواجبات ، من رضاع وحضانة وتعليم
ونفقة . والأم ترضع ولدها ولا تأخذ أجره على ذلك ما دامت الزوجية
قائمة . والأم كذلك أحق بحضانة الولد وتربيته ، ولا تأخذ أجرا ما دامت
الزوجية قائمة ، وتنتهي الحضانة باستثناء التلام عن خدمة النساء وذلك إذا
بلغ تسع سنين ، وتنتهي مدة حضانة الصبية ببلوغها أحد عشر عاما ، وللأب

(١) وطريقة اللعان هي الواردة في قوله تعالى : « والذين يرمون أزواجهن ،
ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم ، فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله أنه لمن الصادقين ،
والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين ، وبدأ بها اللذان أن تشهد أربع
شهادات بالله أنه لمن الكاذبين ، والخامسة أن تحبسه عليه إن كان من الصادقين » .

أخذها حينئذ من الحاضنة . ويطلب من الأب أن يعنى بتأديب ولده وتربيته وتعليمه ما هو ميسر له من علم أو حرفة وحفظ ماله . ويطلب منه أيضا أن ينفق على ولده اذا لم يكن للولد مال ، حتى يصل الذكر الى حد الاكتساب وتزوج الأنثى . واذا كان الأب معسرا فتجب النفقة على الأم اذا كانت موسرة . واذا كان الأبوان معسرين ، وللولد أقرب موسرون كلهم ورثة ، فنفقته عليهم بقدر استحقاقهم في الارث . كذلك يجب على الولد للموسر النفقة على أصوله غير القادرين على الكسب . وتجب النفقة بوجه عام لكل رحم محرم فقير تحمل له المدة على من يرثه من أقاربه بقدر ارثه منه ، ويخير القريب عليها ان أبى وهو موسر .
ويترتب على النسب كذلك ولاية على المال . وقد تقدم الكلام على الولي والوصى والقيم .

§ ٢ الروابط للالة

١١ - أقسامها :

مر بنا في الروابط الشخصية حقوق مالية كالنهر والنفقة ، ونضيف اليهما هنا الميراث ويلحق به الوصية والهبة والوقف .

١٢ - الميراث :

يستبر الميراث دخلا في دائرة الأحوال الشخصية من حيث أن الوارث يستحق تركه مورثه باعتبار أنه فرد من أسرته .

واذا خلف لليت مالا يدي بسداد ديونه ، اذ لا تركه الا بعد سداد الدين . ثم تأتي مصاريف تجهيز لليت ودفنه ، ثم تنفيذ وصاياه . ثم يقسم الباقي من التركة بين ورثته الشرعيين .

التعليم
النفقة

الحقوق في التركة

أصحاب الفروض والورثة الشرعيون هم أصحاب الفروض والمصبات وذوو الأرحام (وهذا خير الولاء) . فأصحاب الفروض لهم سهام مقدرة في التركة ، مثل ذلك الزوج له النصف أو الربع والزوجة لها الربع أو الثمن ، والأب له الثلث والبنات لها النصف الخ . والمصبات هم من يتصلون باليت في سلسلة من النسب كلها ذكور ليس فيهم أنثى . وإذا وجد عاصب يأخذ كل التركة إن لم يرأسه غيره ، كما إذا توفى شخص عن ابن فقط . أو يأخذ ما أبقتة أصحاب الفروض ، كما إذا توفى شخص عن زوجة وابن ، فللزوجة الثمن وللابن سبعة الأثمان . فإن لم يبق شيء بعد أخذ أصحاب الفروض لفروضهم فلا ميراث للعاصب . وجهات التعصيب أربع : البنوة والابوة والأخوة والصومعة . وذوو الأرحام هم كل ذي قرابة ليس صاحب فرض ولا عاصباً ، يأخذون التركة عند عدم أصحاب الفروض والمصبة جميعاً ، ويأخذون ما يبقى منها مع أحد الزوجين .

٤٣ - الوصية :

وتلحق الوصية بالميراث ، لأنها من قبيل لليراث بإرادة الميت نفسه . والقاعدة أنه لا تجوز الوصية لو ارث إلا بأجلزاة بقية الورثة . وتجوز الوصية لغير وارث بشرط ألا يزيد القدر الوصى به على ثلث التركة ، فإن زاد فلا بد من أجلزاة الورثة .

ولا يملك الموصى له الوصية إلا إذا قبلها صراحة أو دلالة ، وتعتبر ملكيته لها من وقت موت الموصى لا من وقت القبول .

٤٤ - الهبة :

ويمكن إلحاق الهبة بالميراث كذلك من حيث أن الهبة تكون عادة ، للاقترب باعتبارهم كذلك . والفرق بين الهبة والوصية ، أن الوصية تخليقاً للفرق بين الهبة والوصية

مضاف الى ما بعد الموت ، أما الهبة فتشملك في الحال ، وكلاهما يغير عوض .
وتجوز هبة كل المال لوارث أو لغير وارث . ولا تصح الهبة الا مقبوضة .

ويجوز الرجوع في الهبة الا اذا وجد مانع من مواعن الرجوع ، ومن
هذه الموانع موت أحد العاقدين أو وجود صلة قرابة أو زوجية بينهما . واذا
أراد الواهب الرجوع عند علم وجود المانع ، فلا يكون ذلك الا بالتراضي
أو بحكم القاضي .

٤٥ - الوقف :

والحاق الوقف بالميراث يأتي باعتبار أن الوقف يسدل كثيرا من أحكام
الميراث . فيه يجوز إعطاء الاشئ كالمذكر ، وبه يجوز حرمان الوارث ، وبه
يجوز إعطاء غير الوارث .

والوقف هو حبس العين على حكم ملك الله تعالى والتصدق بالثمنه .
وهو قسمان خيرى وأهلى . فالخيرى ما كان للتحق فيه مباشرة جهة بر لا
تنقطع . والأهلى ما كان للتحق فيه أولا أمرا من الناس يكونون عادة
من أهل الواقف ويتماقبون جيلا بعد جيل ، ثم اذا انقضى هؤلاء كان
للتحق جهة بر لا تنقطع . فالوقف خيريا كلن أو أهليا ، ينتهى دائما الى
جهة البر .

وقد رأينا أن الوقف في الشريعة الاسلامية يقوم الى حد ما مقام
للؤسسات في الشرائع الغربية والعين للوقوفة لا يجوز التصرف فيها ، الا
في أحوال معينة وبشروط مخصوصة . وغلة العين هى التى تصرف
للمستحقين . ويتولى ادارة العين واستغلالها ناظر الوقف ، ويحاسبه
المستحقون على مقادير استحقاقهم وهو خاضع لرقابة المحكمة الشرعية .

المعاملات المالية

تمهيد

تقسيم الأموال — تقسيم الحقوق — الزمة المالية

٤٦ — تعريف المال :

المال هو كل شيء يمكن أن تترقب عليه حقوق لشخص .

٤٧ — تقسيم الأموال :

ويمكن تقسيم الأموال الى تقسيمات كثيرة من وجوه مختلفة ، نذكر منها التقسيمات الآتية .

تقسيم المال الى عقار ومنقول — تقسيمه الى قيمي ومثل — تقسيمه الى غير قابل للاستهلاك وقابل له .

٤٨ — العقار والمنقول (Immeuble et meuble) :

ينقسم المال الى عقار ومنقول . فالعقار هو المال الثابت الذي لا يمكن نقله من مكان الى آخر كالأرض والمباني . والمنقول هو المال غير الثابت الذي يمكن نقله من مكانه كالمركبات والسيارات والحيوانات .

وقد كان لهذا التقسيم ، قبل التطور الاقتصادي الحديث ، أهمية كبيرة ، اذا كان العقار هو المال ذو القيمة ، أما المنقول فقد كان تافهاً لا قيمة له (res mobilia, res vilis) . ولكن الظروف الاقتصادية المتطورة أخذت تمل من قيمة المنقول ، وأصبح في المنقولات ما تفرق قيمته بالعقار ، كالأوراق المالية والأمهم والمستندات .

على أن التمييز بين العقار والمنقول لا يزال ذا أهمية جوهرية من الناحية القانونية . ونذكر هنا بعض وجوه هذه الأهمية : (١) التصرف في العقار يجب أن يشهر بطريق التسجيل أو القيد ، أما التصرف في المنقول فلا يشهر ، وتضى الحيازة في المنقول عن ذلك (٢) العقار وحده هو الذى يجوز رهنه وهنا رسمياً (hypothèque) ، دون المنقول . (٣) الشفعة لا تكون الا فى العقار (٤) دعوى النبن الفاحش لا تكون الا فى العقار (٥) التنفيذ على العقار يحوط باجراءات معقدة وضمانات أوفر من اجراءات التنفيذ على المنقول — ويلاحظ أن بعض هذه الوجوه راجع الى طبيعة العقار والمنقول ، كما فى التسجيل والرهن الرسمى والشفعة ، والبعض الآخر راجع الى أن العقار معلود أعلى قيمة من المنقول ، كما فى النبن والتنفيذ . وهناك منقولات تعد عقارا بالتخصيص ، اذا خصصت لخدمة عقار ، كالمواشى والآلات الزراعية اذا خصصت لخدمة الأرض . وهناك عقار يعد منقولا بحسب المآل كالباني اذا بيعت مستحقة الختم والأشجار اذا بيعت مستحقة القلع .

٤٩ — القيمى والمثل (Non fungible et fungible) :

القيى هو ما لا تتعدد آحاده . مثل ذلك منزل معين وفرس معين . ويتميز بالتسمية أو الوصف .

والمثل هو ما تعددت آحاده ، وقام بعضها مقام البعض الآخر . مثل ذلك القطن والقطن والقمش والبيس . ويتميز اما بالكيل كالقطن ، أو بالوزن كالقطن ، أو بالمقاس كالقمش ، أو بالعدد كالبيس .

وأهمية التمييز تظهر فى وجوه مختلفة منها : (١) المقاصة لا تكون الا

فى المثل دون القىمى (٢) هلاك المثلبات تكون على المشترى بعد التميمين
ولو قبل التسليم ، أما هلاك القىمبات فلا يكون على المشترى الا بعد
التسليم .

٥٠ - غير القابل للمستهلاك والقابل له (Non consumpti-
ble et consommable)

المال غير القابل للاستهلاك هو ما يتكرر الانتفاع به مع بقاءه كالمثل
والفرس والقماش .

والمال القابل للاستهلاك هو ما لا ينتفع به الا باستهلاكه استهلاكاً
مادياً ، كفى اللال والمأكولات ، أو استهلاكاً معنوياً ، كفى النقود فإنها
لا ينتفع بها الا اذا خرجت من ملكية المنتفع .
ومن وجوه أهمية هذا التميز أن طرية الاستهلاك لا تقع الا على
أشياء قابلة للاستهلاك ، وطرية الاستعمال لا تقع الا على أشياء غير قابلة
للاستهلاك .

والغالب أن المثل يكون قابلاً للاستهلاك كفى اللال ، ولكن قد
يكون المثل غير قابل للاستهلاك كفى القماش .

والغالب كذلك أن القىمى يكون غير قابل للاستهلاك كفى المنزل
والفرس . ولكن قد يكون القىمى قابلاً للاستهلاك كفى النقود اذا أعيرت
لغيره أو للعرف .

وتقسم المال الى قىمى ومثل يرجع الى قصد المتعاملين والعرف
الجارى . أما تقسيمه الى غير قابل للاستهلاك وقابل له فيرجع الى طبيعة
المال ذاته .

٥١ - تعريف الحق وأقسامه :

الحق مصلحة يحميها القانون لشخص معين .

ويمكن تقسيم الحقوق مبدئياً الى حقوق سياسية ، وهي حقوق يكسبها الشخص باعتباره عضواً في هيئة سياسية كحق الانتخاب وحق التشريع ، وحقوق غير سياسية .

والحقوق غير السياسية تنقسم الى حقوق عامة ، وهي حقوق قررت لحماية الشخص في نفسه وحرية وماله ، كحق الحياة والحرية وحرمة الملكية ، وحقوق مدنية .

والحقوق المدنية تنقسم الى حقوق الأسرة ، وهي الحقوق التي تقدم ذكرها وتنشأ عن الزواج والنسب ، وحقوق مالية .

والحقوق المالية تنقسم الى حقوق عينية وحقوق شخصية . وهذا هو التقسيم الجوهري الذي وقف عنده .

٥٢ - الحق العيني والحق الشخصي : (droit réel et droit personnel)

الحق العيني سلطة معينة يعطيها القانون لشخص معين على شيء معين .
والحقوق العينية محصورة في القانون ، وهي الملكية ، وحق الانتفاع ويلحق به السكنى والاستعمال ، وحقوق الارتفاق ، وحق الحكر ، وحق المستحق في الوقف وهذه حقوق عينية أصلية — وحق الرهن بنوعيه من حيازة ورسمي ، وحق الاختصاص ، وحقوق الامتياز ، وحق الحبس . وهذه حقوق عينية تبعية .

أما الحق للشخصي ، أو الالتزام ، فهو رابطة ما بين شخصين ، دائن ومدين ، يخول الدائن بمقتضاها مطالبة المدين بعمل أو بالامتناع عن عمل .

ولا يمكن حصر الالتزامات بقرائنها كما تحصر الحقوق العينية ، وإنما تحصر الالتزامات بمصادرها .

وكل من الحق العيني والحق الشخصي سلطة للشخص على اللال .
ولكن السلطة في الحق العيني تنصب مباشرة على اللال دون وساطة مدين معين ، أما السلطة في الحق الشخصي فتتصل باللال بطريق غير مباشر وبوساطة مدين معين . ولما كان الحق العيني سلطة مباشرة على الشيء ، فلصاحبه حق تتبع هذا الشيء (droit de suite) في يد أى شخص انتقلت إليه ملكيته . وله أيضا حق التقدم على جميع الدائنين الشخصيين (droit de préférence) في قاضى حقه من الشيء ، فإن هؤلاء ليست لهم الا سلطة غير مباشرة على الشيء .

أوجه التمييز بين
الحق العيني والحق
الشخصي

وسيكون كلامنا في العوامل المالية مقسما على باين : الباب الأول في الحقوق العينية ، والباب الثانى في الحقوق الشخصية أو الالتزامات .

وتقول كلمة قبل ذلك في القيمة المالية .

٥٣ — المزمع المالية (Patrimoine) :

يمكن تعريف القيمة المالية تعريفنا مبدئيا بأنها مجموع ما للشخص وما عليه من حقوق والتزامات مالية . فالقيمة للالية تتكون اذن من عنصرين : عنصر ايجابى وهو مجموع الحقوق ، وعنصر سلبى وهو مجموع الالتزامات . وقد تكون القيمة للالية دائنة اذا زاد العنصر الايجابى على العنصر السلبى ، وقد تكون مدينة اذا كان الأمر عكس ذلك .

تعريف القيمة المالية

والأمر الجوهري في نظرية القيمة للالية هو أنها جملة من حقوق

الشخص والتزاماته مجموعة واحدة (universalité) ، فأدماج كل الحقوق وكل الالتزامات في هذه المجموعة هو الشيء الجديد ، الذي نستقوى أصله التاريخي ، وتعليله المنطقي ، ونتأمله القانونية .

أصلها التاريخي

أما الأصل التاريخي فيرجع الى القانون الروماني ، اذ كان هذا القانون في مرحلة أولى من مراحل تطوره ، لا يجعل للدائن سبيلا على مال المدين ، بل يقتصر سلطة الدائن على جسم مدينه . ثم يسوغ في مرحلة ثانية ، استيلاء الدائن على أموال مدينه الفئاب . ويرخص ، في مرحلة ثالثة ، أن يسامل المدين الحاضر بمسألة المدين الفئاب ، فيحجز الدائن على مال المدين كله كمجموعة واحدة ، ولا يحجز على عين معينة بالقات . ومن هنا وجدت الفكرة التي تقضى بادماج مال المدين في مجموعة لا متجزأ .

تعليلها المنطقي

وأما التعليل المنطقي لادماج مال المدين في مجموعة ، وجعل هذه المجموعة هي المستولة عن التزامات المدين ، دون أن تخصص لهذه المسؤولية عين معينة بالقات ، فيرجع في نظرنا الى طبيعة الالتزام الشخصي . وليان ذلك نفرض أن مال المدين ينحصر في أرض ودار وسيارة . فإذا قلنا أن الدائن يتركز حقه على الأرض بالقات أو على الدار بالقات أو على السيارة بالقات ، فإن ذلك يقتضى أن ينقلب الحق الشخصي الى سلطة مباشرة تنسب على عين معينة بالقات ، أى أن الحق الشخصي ينقلب الى حق عينى ، وهنا لا ينبغي أن يكون . يجب اذن أن نترك فكرة تركيز الحق الشخصي في عين معينة بالقات ، لأن هذه الفكرة قلب الحق الشخصي الى حق عينى . فليس أمامنا الا أن ننظر الى مال المدين نظرة أخرى ، لا باعتباره أعيانا معينة بالقات ، بل نطرق اليه باعتباره مجموعة من

المال ، وهذه المجموعة تفتى فيها كل هذه العناصر المكونة لها ، وتتميز ذاتية هذه المجموعة عن ذاتية كل عين معينة بالثبات . وخير مثل لذلك هو الشخص المعنوي ، يجمع طائفة من الأشخاص الطبيعيين ، ولكن هذه الأشخاص تفتى جميعا في شخص معنوي واحد ، ذاتيته مستقلة عن ذاتية كل فرد ، وقد يزيد عدد الأشخاص الطبيعيين وقد ينقص ، فلا يؤثر ذلك في الشخص المعنوي . كذلك هذه المجموعة من المال تفتى فيها الأعيان المعينة بالثبات ، ولا تتغير ذاتيتها بتغير هذه الأعيان . فعند ما تصور الأمر على هذا النحو ، وعند ما نقول أن للدين مجموعة من المال ينظر إليها كمجموعة تفتى فيها كل الأموال المعينة بالثبات وتستقل ذاتيتها عن ذاتية كل عين في هذه المجموعة نكون بذلك قد وضعنا المعنى المراد من « القيمة المالية » .

تأجيلها القانونية

ونظرية القيمة المالية من النظريات التي يمكن أن تمسح أصولها في القانون الروماني كما قدمنا ، ولكنها صيغت صياغة فنية كاملة في القرن التاسع عشر ، على يد قسطين فرنسيين هما أوبري ورو (Aubry et Rau) . وقد رتب القسيمان على هذه النظرية نتائجها القانونية فيها يأتي : (أولا) كل شخص لا بد أن تكون له ذمة مالية ، ولا يهم أن الشخص يملك أعيانا معينة بالثبات أولا يملك ، فليست القيمة المالية هي هذه الأعيان المعينة بالثبات . وما دام الشخص قائما من الناحية القانونية أن يملك ، فله ذمة مالية . (ثانيا) كما أن لكل شخص ذمة مالية ، كذلك كل ذمة مالية يجب أن تستند إلى شخص . وكلا لا يمكن أن تصور شخصا دون أن تكون له ذمة مالية ، كذلك لا يمكن أن تصور ذمة مالية مطلقة دون أن يكون لها شخص تستند إليه . (ثالثا) لكل شخص ذمة مالية واحدة

لا تتعدد ولا تنجزاً . اذ ما دام كل ما للشخص وما عليه من حقوق والزامات يتدمج في مجموعة واحدة فلا يتصور تعدد هذه المجموعة أو تميزتها .

هـ بعض النتائج

وقد بقيت هذه النظرية التقليدية سائدة طوال القرن التاسع عشر . ثم عمد الفقهاء أخيراً ، لا سيما الفقهاء الألمان ، إلى قلبها . وهدموا تيجينين من نتائجها الثلاث . سلموا بأن كل شخص لا بد أن تكون له ذمة مالية . ولكنهم لم يسلوا بأن كل ذمة مالية لا بد أن تستند إلى شخص ، فلهذا هي المؤسسات (fondations) ليست الا ذمة مالية أو مجموعة من المال قائمة بذاتها لا تستند إلى شخص ، بل هي نفسها الشخص . ومثل ذلك أيضاً نظامان من نظم الشريعة الإسلامية هما الوقف والتركة قبل سداد الديون . ولم يسلوا كذلك بأن لكل شخص ذمة مالية لا تتعدد ، وذلك لأن الشخص قد تكون في ذمته مجموعتان من المال متميزتان ، كالوارث في بعض الشرائع الفرعية اذا قبل تركة مورثه بخيار الجرد (sous bénéfice d'inventaire) فانه يكون له بذلك ذمتان ماليتان ، ذمة الأصلية وذمة مورثه التي انتقلت اليه وبقيت منفصلة عن ذمته .

فكرة الجوهرية في
الطرية وما يترتب
عليها

على أن هناك فكرة جوهرية في نظرية القمة المالية لا تزال قائمة هي ان القمة المالية مجموعة من المال ذاتيتها مستقلة عن ذاتية كل عين من الأعيان ، وهذه المجموعة هي ضمان اللان . وترتب على ذلك النتائج الآتية :
(١) بما أن القمة المالية هي ضمان اللان ، فهي اذن ضمان لكل دائن ، فكل الدائنين الشخصيين متساوون في ذلك ، ويقسمون أموال المدين فيما بينهم قسمة فرما . (٢) بما أن القمة المالية التي هي ضمان اللان لها ذاتية مستقلة عن ذاتية كل عين من أعيانها ، فانها تبقى ضماناً لللان حتى لو زادت

عناصرها الإيجابية فيستفيد الدائن من ذلك ، وحتى لو قصت هذه العناصر ،
فيضر بذلك . (٣) بما أن القيمة التالية هي مجموعة من المال ، فمن تلقى هذه
المجموعة أو حزماتها يستبرخلقا عاما (ayant cause à titre universel)
أما من تلقى عينا معينة بالقبول فيعتبر خلقا خاصا (ayant cause à titre
particulier) . فلتميز ما بين الخلف العام والخلف الخاص ، وهو تمييز
له خطره في القانون ، قائم على فكرة ادماج المال في مجموعة لا تنجزاً .

الباب الأول

الحقوق العينية

٥٤ - تقسيم الموضوع :

قلنا أن الحقوق العينية معينة على سبيل الحصر . تلك نستعرضها
أولا لتبين نطاق هذه الحقوق ، ثم نرى الطرق المختلفة لكسبها .

الفصل الأول

نطاق الحقوق العينية

٥٥ - الحقوق العينية الأصلية والحقوق العينية التبعية :

وتنقسم الحقوق العينية الى أصلية وتبعية . ذلك أن الحق العيني قد
يكون حقا قائما بذاته لا يتبع حقا آخر ، كحق الملكية وحقوق الارتفاق ،
وقد يكون حقا مقرا لغيره حق آخر يتبعه وجوبا وعندما ، كحق الرهن
وحقوق الامتياز .

المبحث الأول

الحقوق العينية الأصلية

٥٦ - تعريف هذه الحقوق :

الحقوق العينية الأصلية هي حق الملكية ، وهو أكبر الحقوق
العينية وأوسعها نطاقا ، ثم الحقوق الأخرى المنفردة عن حق الملكية ،
وهي حقوق الانتفاع وحقوق الارتفاق .

١ - حق الملكية

٥٧ - نطاق حق الملكية وفيه يرد :

حق الملكية ، كما قدمنا ، هو أوسع الحقوق العينية نطاقا . وهو حق يحتضاه يكون لشخص دون غيره استعمال شيء معين واستغلاله والتصرف فيه . فحق الملكية هو أكثر الحقوق العينية شمولاً ، إذ يشمل على حق الاستعمال وحق الاستغلال وحق التصرف . فإذا جرد منه حق التصرف وبقى حق الاستعمال والاستغلال ، انقلبت الملكية الى حق انتفاع . فإذا جرد من حق الانتفاع حق الاستغلال وبقى الاستعمال ، انقلب حق الانتفاع الى حق استعمال . فإذا قيد الاستعمال بوجه معين ، وكان هذا الوجه فائدة مقررة على عقار لمنفعة عقار آخر ، صار هذا حق ارتفاق . ومن ذلك نرى تدرج الحقوق العينية من السعة الى الضيق : أكثرها اتساعاً هو حق الملكية ، فحق الانتفاع ، فحق الاستعمال ، فحق الارتفاق .

مخرج الحقوق
العينية

وحق الملكية يمتاز عن سائر الحقوق العينية بأنه حق دائم لا ينتفى . قد ينتقل من شخص الى آخر ، حال حياة المالك أو بعد موته ، ولكن الحق فيه هو الذي ينتقل ، لا حق جديد آخر ، فهو يتأبد بانتقاله .

حق الملكية حق دائم

ولا يمكن تبرير حق الملكية ، بهذا التأييد ، الا على أساس أنه ثمرة العمل . فالمال ينال جزاء عمله ما لا يكون له حق ادخاره ، ويصبح ملكاً مؤبداً له بهذا المعنى .

تبرير حق الملكية

على أن حق الملكية ليس حقاً مطلقاً ، إذ يرد عليه قيود شتى ، يمكن حصرها في أنواع ثلاثة : (أولاً) القيود القانونية ، وهذه يقررها القانون للمصلحة العامة ، كما في القيود المقررة لتنظيم المدن والقيود المتعلقة بالحال

قيود حق الملكية

المعلقة للراحة والمضرة بالصحة والخطرة . (ثانيا) القيود القضائية ، وهذه يحد بها القضاء من اطلاق حق الملكية ، فيوجب على المالك ألا يسوء استعمال ملكه ، ويدخل هذا في نظرية التصف في استعمال الحق (théorie de l'abus du droit) . (ثالثا) القيود الاتفاقية . وهذه يتفق عليها عادة بين طرفين ، أحدهما ينتقل ملكيته للآخر ، ويشترط عليه عدم جواز التصرف (clause d'inaliénabilité) . وشرط عدم جواز التصرف يعتبر صحيحا اذا كان موقتا وله مسوغ شرعى .

٥٨ - أنواع الملكية :

الملكية المادية :
الملكية المفردة
الملكية العامة
الملكية المشتركة

يمكن تقسيم الملكية تقسيما أواليا الى ملكية مادية و ملكية معنوية .
وتنقسم الملكية المادية الى ملكية مفردة و ملكية شائعة و ملكية مشتركة . فالملكية المفردة تنصب على شئ معين مفرد تخلص ملكيته لشخص معين . والملكية الشائعة تنصب على جزء شائع من شئ معين ، النصف أو الربع مثلا ، تخلص ملكيته لشخص معين . والشيوخ حالة غير مرغوب فيها لأنها تشل كثيرا من نشاط المالك ، اذ يتوقف كثير من تصرفاته على أجازة شركائه في الشيوخ أو على نتيجة القسمة ، لذلك أباح القانون لكل شريك في الشيوخ أن يطالب شركاه بالقسمة ، ولا يجوز الاتفاق على النقص في الشيوخ لمدة تزيد على خمس سنوات . أما الملكية المشتركة فلا تنصب على جزء مفرد أو جزء شائع تخلص ملكيته لشخص معين ، بل المال المملوك ملكية مشتركة يكون ملك كل الشركاء مجتمعين ، وليس لواحد منهم منفردا حق ما على الشئ المملوك أو على جزء شائع منه أو مفرد .

الملكية المنقولة

ويراد بالملكية المعنوية الملكية الأدبية والفنية والصناعية Propriété

وحتى الفنان في منتجاته الفنية كالرسم والتصوير والنحت والموسيقى والتلحين ، وحق المخترع في مخترعاته الصناعية . وليس المقصود بهذه الملكية المنوية حقا واقعا على شيء مادي ، فحق المؤلف الذي قصده هنا هو حقه فيما صدر عنه من أفكار ومعاني ، لا حقه في نسخة أو نسخ معينة من مؤلفاته . ونفى بحقه في الأفكار والمعاني التي صدرت عنه حق استغلال ذلك استغلالا ماليا بالنشر أو الترجمة أو غير ذلك . ويحمي كثير من الشرائع الثرية الملكية المنوية بمختلف أنواعها ، ويحدد لصاحبها مدة معينة يتمتع فيها بملكته ، تكون عادة طول حياته ومن بعد موته ينتقل الحق الى ورثته مدة تتراوح بين سبع سنوات وخمسين . فحق الملكية المنوية يكون بهذا الاعتبار حقا موقوتا لا دائما كحق الملكية المادية . أما في مصر فلم يصدر حتى الآن تشريع ينظم الملكية المنوية ، ولكن القضاء يحمي هذه الملكية ويستند في حمايتها الى قواعد المداة والقانون الطبيعي .

٢ — حقوق الانتفاع

٥٩ — محرم هذه الحقوق :

نريد بحقوق الانتفاع : (١) حق الانتفاع (٢) حق الاستعمال (٣) حق السكنى (٤) حق الحكر (٥) حق للمستحق في الوقف .

٦٠ — معنى الانتفاع :

تعريف حق الانتفاع حق الانتفاع كما مرقة القانون المصري هو حق للمستفيد في استعمال ملك غيره واستغلاله .

حقوق التمتع . لحقوق التمتع تتضمن أدن : (١) استعمال الشيء فيما وضع له ، فأذا

كان منزلاً كان له مكانه ، وإذا كان أرضاً زراعية فقد زراعتها الزراعة للمتادة ، وإذا كان سيارة كان له أن يركبها الركوب للمتاد وهكذا .
(٢) استعمال الشيء . وذلك بالحصول على ثمرته . والثمره قد تكون طبيعية كمحصولات الأرض الزراعية وقد تكون مدنية كأجرة الأرض والذئب .
وليس للمتفع أن يتصرف إلا في حق الانتفاع . أما رقة العين للمتفع بها فليست له ، بل هي لهالك .

وينتفى حق الانتفاع بطرق مختلفة أهمها : (١) انتهاء المدة المحددة
(٢) ترك للمتفع حقه (٣) موت المتفع ، وذلك لأن حق الانتفاع لا ينتقل إلى الورثة .
ومضى اقضى حق الانتفاع ، فان مالك الرقة يصبح مالكا للعين ملكية تامة .

٦١ - حق الاستعمال وهو السكنى :

وقد ينحصر حق الانتفاع في حق الاستعمال أو في حق السكنى .
لحق الاستعمال يشمل استعمال الشيء فيما وضع له ، وكذلك الحصول على فله الطبيعية . ويمنع الحصول على النلة المدنية ، فلا يجوز لصاحب حق الاستعمال استعمال لشيء بإيجاره .

أما حق السكنى فمقصود على الانتفاع بمحلات السكنى بالسكن فيها ، ولا يجوز الانتفاع بنير السكن . كذلك لا يجوز الاستغلال . والمظهر العملى لحق السكنى هو أن يوصى شخص لأفراد أسرته بسكنى منزل الأسرة طول حياتهم .

وكل من حق الاستعمال وحق السكنى ينتفى بنفس الطرق التي ينتفى بها حق الانتفاع .

٦٢ - هو المحكر :

تعريف المحكر
وحق المحكر حق عيني يثبت بمقتضى عقد إيجار بين مالك العقار والمحكر . ويكون الإيجار الى الأبد أو الى مدة طويلة في مقابل أجره المثل .
والعادة أن العقار المؤجر يكون وقفاً مخرباً ولا يكتفى ربه لتصلبه ، ولا يمكن استبداله ، فليلاً فانظر الوقف الى تحكيه بعد أخذ إذن القاضي .
ولكن يجوز أيضاً أن يكون المحكر موضوعه عقار غير موقوف .

حقوق المحكر والتزاماته
والمحكر يستفيع بالعقار الى الأبد أو طول المدة المعينة ، وله أن يحدث تصليحات في العقار . ويلتزم بدفع الأجرة ، وهي زهيدة في العادة .
وتختلف الأجرة زيادة وقصا حسب ارتفاع أو نزول سعر إيجار الأرض المحكرة ، بقطع النظر عما أحدثه فيها المستأجر من التصليحات والتحصينات ، لأن أجره المحكر هي دائماً أجره المثل .

٦٣ - هو المستحق في الوقف :

حق على المين الموقوفة وحق في ذمة الناظر
ويمكن تكليف حق المستحق في الوقف بأنه حق عيني . ويجب أن يتميز بين حق المستحق على المين الموقوفة ، وهذا هو الحق العيني ، وبين حقه في ذمة ناظر الوقف ، وهذا حق شخصي . الحق الأول حق لا يجوز للمستحق أن يتنازل عنه أو أن يرهنه ، ويبقى ثابتاً له مدى الحياة . أما الحق الشخصي الثابت في ذمة ناظر الوقف فيجوز التنازل عنه ورهنه .

المقارنة بين حق المستحق في الوقف وحق الانتفاع
وتقارن بين الحق العيني للمستحق في الوقف وبين حق الانتفاع مقارنة موجزة : (١) فالمستحق في الوقف بخلاف المتفع ليس له أن يستعمل المين الموقوفة باعتباره مستحقاً ، وليس له أن يستقلها بنفسه . بل كل ما له هو أن يستغل المين من طريق ناظر الوقف ، ويحصل على غلتها حقاً شخصياً في

في ذمة الناظر . (٣) يبقى حق المستحق في الوقف طول حياته ، أما حق المنتفع فقد يبقى طول الحياة وقد ينتقض قبل ذلك .

٣ — حقوق الارتفاق

٦٤ — تعريف الارتفاق والمقارنة بينه وبين حق الانتفاع :

تعريف الارتفاق

مقارنة بين حق الانتفاع وحق الارتفاق

حق الارتفاق هو تكليف مقرر على عقار لمنفعة عقار آخر .
ويختلف حق الارتفاق عن حق الانتفاع بما يأتي : (١) حق الارتفاق لا يكون الا لعقار معين أما كان مالك هذا العقار . أما حق الانتفاع فيكون لشخص معين . (٢) أما حق الانتفاع فيقع على العقار والمنقول (٣) حق الارتفاق قد يكون دائماً وقد يكون مؤقتاً . أما حق الانتفاع فلا يكون الا مؤقتاً ، ينتقض حتماً بموت المنتفع .

٦٥ — تقسيم حقوق الارتفاق :

تنقسم حقوق الارتفاق :

مستمرة وغير مستمرة

(أولاً) الى حقوق ارتفاق مستمرة وحقوق ارتفاق غير مستمرة (Servitudes continues et discontinues) حق الارتفاق المستمر هو الحق الذي يمكن استعماله دون تدخل الانسان ، كحق اللطل ، وحق الجري وحق الارتفاق غير المستمر هو الحق الذي لا يمكن استعماله دون تدخل الانسان ، كحق المرور .

ظاهرة وغير ظاهرة

(ثانياً) الى حقوق ارتفاق ظاهرة ، وحقوق ارتفاق خفية (Servitudes apparentes et non apparentes) حق الارتفاق الظاهر هو الحق الذي تدل عليه علامة مادية ظاهرة ، كحق الجري . وحق الارتفاق غير الظاهر هو الحق الذي لا تدل عليه علامة مادية ظاهرة ، كحقوق الارتفاق السلبية .

الإيجابية وسلبية

(ثالثاً) الى حقوق ارتفاق ايجابية وحقوق ارتفاق سلبية (Servitudes positives et négatives) فحق الارتفاق الايجابي يتضمن أعمالاً ايجابية تقع على العقار المرتفق به ، كحق المرور . وحق الارتفاق السلبي لا يتضمن أعمالاً ايجابية ، بل ينحصر في الكف عن عمل ، كحق الارتفاق في عدم البناء على الأرض المرتفق بها ، أو الحق في عدم الارتفاع بالبناء إلا الى حد معين .

المبحث الثاني

الحقوق العينية التبعية

٦٦ - مضمون هذه الحقوق :

تنحصر هذه الحقوق فيما يأتي : (١) رهن الحياة (٢) الرهن الرسمي (٣) حق الاختصاص (٤) حقوق الامتياز (٥) حق الحبس .

١ - رهن الحياة والرهن الرسمي

٦٧ - ما يشترك فيه الرهنانية :

يشترك الرهنان فيما يأتي : (١) يتم كل منهما بمقتضى الرهن ، وهو صاحب العين المرهونة ، والدائن للرهن . (٢) يولد العقد في الحاليتين حقاً عينياً للدائن للرهن على العين المرهونة . (٣) قيمة هذا الحق العيني في الحاليتين أن يستوفى الدائن حقه من ثمن العين بعد بيعها في المزاد ، متقدماً في ذلك على سائر الدائنين ، اذا لم يستوف هذا الحق من المدين عند حلوله

يتم كل منهما بمقتضى

كل منهما حق عينى

قيمة كل حق

٦٨ - ما يختلف فيه الرهنانية :

ويختلف الرهنان فيما يأتي : (١) عقد رهن الحياة (nantissement)

الكتابة الرمية

ليس عقلا رسميا ، أما عقد الرهن الرسمي (hypothèque) فلا يتم الا بكتابة رسمية أمام اللوطف المختص . (٢) في رهن الحيازة تنتقل حيازة العين المرهونة الى المائن للرهن ، أما في الرهن الرسمي فلا تنتقل الحيازة ، بل تبقى عند المائن (٣) رهن الحيازة يقع على العقار والمنقول ، أما الرهن الرسمي فلا يقع الا على العقار (٤) رهن الحيازة يجب تسجيله (transcription) ، أما الرهن الرسمي فيجب قيده (inscription) . والفرق بين التسجيل والتقيد أن التسجيل هو نقل صورة كاملة من العقد ، أما التقيد فيقتصر مع ذكر البيانات الجوهرية الواردة في العقد . (٥) في رهن الحيازة يستولى المائن على غلة الشيء المرهون على أن يخصها من المصاريف والفوائد المئين ، أما في الرهن الرسمي فلا يستولى المائن على الغلة .

٦٩ — تطور فكرة الرهن .

ولم يكن الرهن في القديم مبروقا على هذا النحو . بل كان للدين اذا قدم رهنا نقل ملكية الشيء الى المائن المرتهن نقلا تاما ، واقتصر على الحصول منه على وعد يرد الملكية اليه اذا وق بالدين . ثم ظهر البيع الوفاى ، وفيه تنتقل الملكية من المدين الى المائن ، فأذا وق المدين بالدين فسخ العقد من تلقاء نفسه وعادت ملكية الشيء الى المدين . ثم اظهر رهن الحيازة ، وفيه لا تنتقل الملكية أصلا الى المائن ، ولكن تنتقل الحيازة . ثم ظهر الرهن الرسمي وفيه لا تنتقل الملكية ولا الحيازة من المدين الى المائن .

٢ — حق الاختصاص

(DROIT D'AFFECTATION)

٧٠ — كيف ينشأ :

اذا حصل المائن على حكم بالدين وخشى قبل أن يتمكن من التنفيذ بالحكم على عقار مملوك للمدين أن يباخر غيره من المائنين الى التنفيذ أو أن

يسد الدين الى التصرف في العقار، فانه يستطيع في هذه الحالة أن يستصدر أمرا من المحكمة بأخذ اختصاص على العقار المذكور، ويقيد هنا الاختصاص بمجرد صدور الأمر به .

٧١ - قيمة حق الاختصاص :

ويكون الثابت الذي حصل على حق اختصاص على عقار مدين نفس حقوق الثابت للرهين . فحق الاختصاص اذن هو رهن رسمي ، ولكن مصدره القضاء لا العقد .

٣ - حقوق الامتياز

(PRIVILÈGES)

٧٢ - الامتياز يرجع الى طبيعة الرهن :

هناك ديون معينة يرتبطها القانون رعاية خاصة ، لا اعتبار يرجع الى صفة في الدين لا الى صفة في الثابت . فيجعل هذه الديون ممتازة ، يستوفىها الثابتون متقدمين على غيرهم .

٧٣ - أقسام حقوق الامتياز :

وحقوق الامتياز على ثلاثة أقسام :

(أولا) حقوق الامتياز العامة ، وهذه تتناول جميع أموال الدين المنقولة والعقارية . ومن الديون التي لها امتياز عام للمصاريف القضائية والصرايب .

امتياز عام

(ثانيا) حقوق الامتياز الخاصة على النقول ، وهذه تنحصر في منقول معين . مثل ذلك أجرة القار ممتازة على المفروشات والمحصلات ، ومن النقول للبيع ممتازة على هذا النقول ، والديون المستحقة لأصحاب الفنادق ممتازة على الأمتعة المودعة بالفنادق .

امتياز خاص على منقول

(ثالثا) حقوق الامتياز الخاصة على العقار ، وهذه تنحصر في عقار

امتياز خاص على عقار

معين . مثل ذلك نحن المقار للبح عتاز على هذا المقار ، ووجوع الشريك على شريكه بعد القصة مضنون بالتمياز المتعاسم .

٧٤ — مقارن بين الرهن والاختصاص والامتياز :

يتبين مما تقدم أن الرهن مصدره العقد ، والاختصاص مصدره القضاء ، والامتياز مصدره القانون .

٤ — حق الحبس

٧٥ — تعريفه وامكانه :

حق الحبس هو حق يثبت للدائن في حبس عين مملوكة للمدين حتى يستوفي الدين .

ومن أمثلة حق الحبس حق البائع في حبس العين المباعة حتى يستوفي الثمن ، وحق من قام بمصروفات ضرورية أو نافعة على شيء مملوك للخير في حبس هذا الشيء حتى يسترد ما صرفه .

الفصل الثاني

طرق كسب الحقوق العينية

٧٦ — مصدر هذه الطرق :

أما الحقوق العينية المتبعية فقد رأيناها كيف تكسب : الرهنان بالقد ، وحق الاختصاص بالقضاء ، وحق الامتياز وحق الحبس بالقانون .

بقيت الحقوق العينية الأصلية ، وهذه نص القانون للدق المصري على أنها تكسب بالأسباب الآتية : القود ، الهبة ، الميراث والوصية ، الاستيلاء ، الالتصاق ، الشفعة ، التناهم .

الحقوق العينية
الأصلية

ويمكن أن نرتب هذه الأسباب ترتيباً منطقياً على الوجه الآتي :

من هذه الأسباب ما هو سبب ملكية أصلية ، أي ملكية لم تسبق لأحد من قبل ، وهذا هو الاستيلاء . وبقية الأسباب هي أسباب ملكية مكتسبة ، أي ملكية انتقلت من شخص إلى آخر . وهذه بعضها تنقل به الملكية بعد الموت (mortis causa) ، الميراث والوصية ، والبعض الآخر تنقل به الملكية حال الحياة (inter vivos) . والأسباب الأخيرة بعضها عمل قانوني (acte juridique) ، العقود والهبة ، والبعض الآخر عمل مادي (acte material) ، الاستيلاء والاتصاف والشفعة والتقادم .

وبعض هذه الأسباب سبق أن استعرضناها فيما تقدم ، وهي الميراث والوصية والهبة . ورجىء الكلام في العقود إلى مكانها في الحقوق الشخصية .

ينبغي أن نذكر كلمة موجزة عن الاستيلاء (occupation) ، والاتصاف (accession) والشفعة (préemption) والتقادم (prescription) .

١ - الاستيلاء .

٧٧ - الاستيلاء على المنقول :

الاستيلاء هو وضع اليد على شيء لا مالك له بنية تملكه ، ووضعه اليد في الحال .

وقد يقع على منقول أو على عقار .

مثل استيلاء على المنقول صيد السمك في البحر والطيور في الهواء ، والعثور على كنز في أرض لا مالك لها .

السمك والطيور
والكنوز

٧٨ - الاستيلاء على المنقول :

ويمكن الاستيلاء على العقار كذلك ، ولا يكون ذلك إلا في الأرض المباحة ، وهي الأرض التي لا تملك ملكية خاصة للأفراد أو للدولة ، ولا تملك ملكية عامة للدولة . مثل ذلك الجبل والصحراء .

الأرض المباحة

ويكون الاستيلاء على الأرض للباعة بوضع اليد عليها وتسييرها ،
وذلك بالبناء عليها أو بزرعها ، فيصبح واضح لليد مالكا في الحال للأرض
التي عمرها ، بشرط ألا يتقطع خمس سنوات عن التسيير في ظرف الخمس
عشرة سنة التالية لوضع يده عليها .

٢ - الالتصاق

٧٩ - تعريف الالتصاق ونظامه :

الالتصاق هو اتصال عين بين أخرى اتصالا ماديا ، فبذلك صاحب
العين الأصلية العين للعلقة التي اتصلت بملكه .

والالتصاق قد يكون اتصال حقل بخار ، وقد يكون اتصال منقول
بمنقول ، وقد يكون اتصال منقول بمنقول .

٨٠ - النقص القائم بالنقل :

مثل ذلك على النهر . فما يحدث منه بالتدريج ، ملتصقا بأرض
دون أن يكون بينها فاصل ، يكون ملكا لصاحب هذه الأرض .

٨١ - النقص المنقول بالنقل :

وذلك كاستراج السوائل ، فبذلك صاحب المال الأكبر قيمة المال
الأقل ، ويرد لصاحب هذا المال قيمته .

٨٢ - النقص المنقول بالمقلد :

ويكون ذلك بالبناء على أرض النهر دون اتفاق سابق . والفاعلة أن
مالك الأرض يملك البناء .

وقد يكون الباني هو صاحب الأرض وقد بنى بمهمات وأدوات غيره ،
الباني صاحب الأرض

فيعرض هذا التبرع عن قيمة هذه الممتلكات والأدوات .

الباني صاحب الممتلكات
وقد يكون الباني هو مالك للممتلكات والأدوات، وقد بناها في أرض
غيره ، فصاحب الأرض يصبح مالكاً لبناء ، ويعرض الباني . ويختلف
التعويض بحسب ما اذا كان الباني حسن النية أو سيء النية . فان كان
حسن النية فصاحب الأرض مخير بين أن يدفع له تكاليف البناء أو ما زاد
في قيمة الأرض بسبب البناء . أما اذا كان الباني سيء النية ، فصاحب
الأرض مخير بين إلزام الباني بهدمها ، وورد الأرض الى أصلها ، وبين إبقاء
البناء وتمريض صاحبه الأقل من قيمة الأراض أو ما زاد في قيمة الأرض
بسبب البناء .

٣ — الشفعة

٨٣ — تعريف الشفعة :

الشفعة هي الحق في تلك العقار للبيع على المشتري بالتسليم الذي دفعه ،
والحكمة في الشفعة منع ضرر الجوار .

٨٤ — شروط المطالبة بالشفعة :

يؤخذ بالشفعة متى توافرت الشروط الآتية :

- (١) أن يكون هناك عقاران متجاوران (والجوار في الأراضي
للعدة لبناء يكفي أن يكون من جهة واحدة ، وفي الأراضي الأخرى يجب
أن يكون الجوار من جهتين ، وأن تكون الأرض المشفوع بها تساوي
نصف ثمن الأرض المشفوع فيها على الأقل) . أو أن يكون هناك عقار
واحد مملوك لعدة شركاء على الشيوع .
- (٢) أن يبيع مالك أحد العقارين للتجاورين ، أو أحد الشركاء في
العقار للملك على الشيوع ، ما يملكه .

(٣) أن يطالب مالك العقار الآخر ، أو الشريك في الشيوع ، بالشفعة ، بإعلان يوجهه لكل من البائع وللشترى في ظرف ١٥ يوما من وقت علمه بالبائع ، أو في ستة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع .

٨٥ - كيفية الوقف بالشفعة :

الراضى
للقاضى
فتى ثم ذلك ، فالتشيع الحق في تلك العقار المشفوع فيه بالتشيع
والصاريف التي دفنها الشترى ، فان تراضيا على ذلك تم الأخذ بالشفعة .
والأفضل الشفيع أن يرفع دعوى الشفعة على البائع وللشترى معاً أمام
المحكمة الكائن بدائرتها العقار في مباد ثلاثين يوما من تاريخ الإعلان
الذى طلب فيه الشفعة . والحكم الذى يصدر نهائيا بثبوت الشفعة يستبر
سندا للملكية الشفيع ، وعلى المحكمة تسجيله من تلقاء نفسها .

٤ - التصادم

٨٦ - محكمة التصادم :

التصادم الطويل .
إذا وضع شخص يده على عين ، وبقي واضعا يده مدة خمس عشرة
سنة ، وهو يتصرف فى العين تصرف المالك علنا ، فإن الأمر لا يخلو من
أحد فرضين :

(١) أما أن يكون هذا الشخص واضح اليد هو المالك الحقيقى للعين ،
فيجب أن تترك له العين دون أن يطالب بأثبات ملكيته ، مادام قد أثبت
أنه قد وضع يده على العين هذه المدة الطويلة ، حتى لا يضطر الى الاحتفاظ
بمستندات الملكية الى مدة تزيد على خمس عشرة سنة .

(٢) وأما أن يكون غير مالك للعين ، ولكنه نوى تملكها وظهر
أمام الناس فى مظهر المالك ، وفى هذه المدة الطويلة محافظا على هذا المظهر .

ففي هذه الحالة تترك له العين كذلك لبيّن : (أولا) لأن الناس قد
اطمأنّت الى هذا المركز المستقر في تعاملها مع واضح اليد . (ثانيا) لأن
المالك الحقيقي ملوم اذ قصر طول هذه المدة بتركه العين المملوكة له في يد
مقتصب .

التخادم التصير

فإذا كان واضح اليد لم يقتصب العين اغتصابا ، بل اشتراها من غير
مالك ، وهو يعتقد بحسن نية أن البائع هو المالك ، فيكفي أن يبقى واضحا
يده على العين ، اذا كانت حقارا ، خمس سنوات حتى يملكها .

الحيازة في المنقول
سند الملكية

فإذا كانت العين منقولا فإنه يملكها بمجرد حيازته لها ، وهذا ما
يسرعه بالقاعدة المعروفة : « الحيازة في المنقول سند الملكية »
(*En fait de meubles, la possession vaut titre*) . وذلك ما لم
تكن العين المنقولة مسروقة أو ضائعة ، ففي هذه الحالة لا يملكها واضح
اليد في الحال ، بل يجوز للمالك الحقيقي استردادها في مدة ثلاثة سنوات من
وقت السرقة أو الضياع ، وعليه أن يرد ل واضح اليد عنها اذا كان هذا
الأخير قد اشتراها من سوق محرم أو من شخص يتعامل في مثل هذه
المنقولات .

البَابُ الْيَاثِي

الحقوق الشخصية أو الالتزامات

٨٧ - تخميم الموضوع :

سبق أن عرفنا الحق الشخصي أو الالتزام ، وبيننا أن الالتزامات لا
تتضمن بلواتها ، كما تتضمّن الحقوق العينية ، بل تتضمّن بمصادرها . ونحن في
كلامنا في الالتزامات نعرض بإيجاز مصادر الالتزامات ثم أحكامها .

الفصل الأول

مصادر الالتزام

٨٨ - مصادر الالتزام :

يذكرون عادة أن مصادر الالتزام خمسة : العقد (contrat) وشبه
العقد (quasi-contrat) والجريمة (délit) وشبه الجريمة (quasi-délit)
والقانون (loi) .

فالعقد هو توافق أرادتين على إنشاء التزام ، كعقد البيع ، يتفق فيه
البائع والمشتري على إنشاء التزامات ، منها ما هو في جانب البائع ، كالاتزام
بنقل الملكية والالتزام بضمان التعرض ، ومنها ما هو في جانب المشتري ،
كالاتزام بدفع الثمن والمصاريف .

وشبه العقد هو عمل اختياري مشروع ، ينشأ عنه التزام للغير ، وقد
ينشأ عنه أيضا التزام مقابل في جانب ذلك الغير . مثل ذلك الفضولي ،

فهو يقوم مختاراً بعمل يريد به مصلحة الغير دون أن يتعاقده معه على ذلك ، فيلتزم بأن يستمر في العمل الذي بدأه ، وأن يقدم حساباً عنه ، ومصدر هذا الالتزام هو العمل الاختياري المشروع الذي قام به الفضولي . وقد ينشأ من هذا العمل التزام آخر في جانب رب العمل ، فيلتزم هذا ، في حالة ما اذا أحسن الفضولي القيام بالعمل الذي أخذه على عاتقه ، بأن يرد ما أنفقه الفضولي من مصاريف ضرورية ونافعة ، وبأن ينفذ ما عقده من التزامات ، سواء كان باسمه خاصة أو باسم رب العمل ، في سبيل القيام بمهمته .

والجريمة هي عمل ضار ، يأتيه فاعله متعمداً بالأضرار بالغير ، فيلتزم بتعويض الضرر الذي أحدثه . كما اذا ألتف شخص عمداً مالا يملكه كالغير ، فينشأ من هذا العمل الضار التزام في جانب فاعله بأن يرض عن المال الذي ألتفه .

وشبه الجريمة حمل بصيب الغير بالضرر كالجريمة ، ولكنه يختلف عنها في أنه غير مصحوب بنية الأضرار بالغير ، بل يأتيه فاعله عن إهمال وعدم احتياط ، فيلتزم بتعويض الضرر كما في الجريمة ، فإذا سار شخص في سيارة بسرعة غير معتادة ، وتسبب عن ذلك أن دهس شخصاً في الطريق ، فإنه يلتزم بتعويض المصاب أو ورثته عن الضرر الذي أحدثه . والقانون قد يكون أخيراً مصدراً للالتزام ، فينشئه في حالات معينة ، كما في التزامات أفراد الأسرة بعضها لبعض الآخر ، من نفقة ورضاعة وحضانة وصاية وقراءة إلى غير ذلك ، وكما في التزامات التجار نحو جاره .

٨٩ — نظم هذا الترتيب :

وهذا الترتيب مع سهولته الظاهرة متقد . فشبه العقد لا يشبه العقد

في شيء ، فهو ليس بعمل قانوني (acte juridique) ، بل هو عمل مادي (acte matériel) ، فهو اقرب الى الجريمة وشبه الجريمة منه الى التقدير . ثم أنه لا فائدة من التمييز بين الجريمة وشبه الجريمة فكلاهما عمل ضار يولد التزاما .

والترتيب الذي اتبعته القوانين الحديثة هو ما يأتي : التقدير والارادة المنفردة والأثر ، على حساب النية والعمل للضار والقانون . وسنتناول بإيجاز هذه المصادر ، فتستعرض التقدير والارادة المنفردة في مبحث ، ثم المصادر الأخرى غير التعاقدية في مبحث آخر ، ولكن قبل ذلك نبعث في أساس منطقي لترتيب مصادر الالتزام ، وللمصادر الحقوق بوجه عام .

٩٠ — أساس منطقي لترتيب مصادر الالتزام ، وللمصادر

الحقوق بوجه عام :

إذا أردنا أن نرجع ترتيب مصادر الالتزام الى أساس منطقي ، الواقعة القانونية يمكن القول أن كل أمر يقع ويترب عليه أثر قانوني ، ومن الآثار القانونية توليد الالتزام ، يسمى واقعة قانونية (fait juridique) .

والواقعة القانونية إما أن تكون واقعة طبيعية لا ترجع لارادة الانسان ، وإما أن تكون واقعة اختيارية ترجع لارادة الانسان .

مثل الواقعة الطبيعية البتة تولد التزاما بالنفقة ، وهذا هو القانون .

ثم أن الواقعة الاختيارية إما أن تكون عملا ماديا (acte matériel) أو عملا قانونيا (acte juridique) والعمل المادي إما أن يكون عملا نافعا وهذا هو الأثر ، على حساب النية ، أو عملا ضارا .

والعمل القانوني إما أن يكون صادرا من الجانبين ، وهذا هو التقدير ، وإما أن يكون صادرا من جانب واحد وهذه هي الارادة المنفردة .

المبحث الاول

العقد والدراسة المنفردة

٩١ - تقسيم العقود :

رضائي وشكلي ومبين
ينقسم العقد الى عقد رضائي (consensuel) ، وهو الذي يتم بمجرد توافق الايجاب والقبول ، كالبيع والايجار . والى شكل (solennel) ، وهو الذي لا بد في تمامه ، الى جانب توافق الارادتين ، من شكل خاص ، كالقبة والرهن الرسمي . والى عيني (réel) ، وهو الذي لا بد في تمامه ، الى جانب توافق الارادتين ، من تسليم العين ، كالوديعة والماربة وrehn الحيازة .

مؤم الجانبين ومؤم
لجانب واحد
وينقسم العقد كذلك الى عقد مؤم للجانبين (synallagmatique) وهو الذي يولد الالتزامات في جانب كل من المتعاقدين ، كالبيع . والى عقد مؤم لجانب واحد (unilatéral) ، وهو الذي يولد التزامات في جانب أحد المتعاقدين دون الآخر ، كالوديعة . ويجب التمييز بين العقد المؤم للجانب واحد والميل القانوني المؤم لجانب واحد ، فالعقد المؤم لجانب واحد هو عمل قانوني صادر من الجانبين ولكنه مؤم لجانب واحد .

مساومة وتبرع
وينقسم العقد أيضا الى عقد مساومة (à titre onéreux) ، وهو الذي يأخذ فيه المتعاقدين مقابلا لما أعطى كالبيع ، والى عقد تبرع (à titre gratuit) ، وهو الذي لا يأخذ فيه أحد المتعاقدين مقابلا لما أعطى كالقبة .

٩٢ - ترتيب الموضوع :

وتتكمم أولا في أركان العقد ، ثم في أحكامه .

١ — أركان العقد

٩٣ — تصور أركان العقد:

أركان العقد ثلاثة : (١) الرضاء (consentement) (٢) محل
الالتزام (objet) (٣) سبب الالتزام (cause) .

٩٤ — الرضاء:

الرضاء يجب أن يكون موجودا وصحيحا .

والرضاء يكون موجودا بالتصريح من ارادتين متوافقتين . فهناك تصريح
من الارادة ، وتعدد الارادة ، وتوافق بين الارادتين .

فالتصريح من الارادة قد يكون صريحا (بالكتابة أو باللفظ أو بالإشارة
أو باتخاذ موقف معين) أو ضمنيا أو سكوتا (كافي قبول الهبة بالسكوت) .

ولا بد من تعدد الارادة . ومع ذلك فقد تولد الارادة للفردة
الالتزام ، ولكنها لا تكون حقا .

ولا بد من موافقة القبول للإيجاب موافقة تامة . ويتم العقد عند تمام
هذه الموافقة . وفي العقد بالتراسل (correspondance) اختلفت الآراء ،
فأرى يقول بأن العقد يتم عند اعلان القبول ، وآخر يذهب الى تصدير
القبول ، وثالث الى استلام القبول ، ورابع الى العلم بالقبول .

ويجب أن يكون الرضاء صحيحا . والرضاء غير الصحيح هو الصادر
من ناقص الأهلية أو المشوب بسبب من عيوب الرضاء .

أما الأهلية فقد عرفناها فيما تقدم .

وأما عيوب الرضاء (vices du consentement) فهي النلط
والتدليس والأكره والغبن .

فالنلط (erreur) هو تصور الأمر على غير حقيقته ، والنلط بسبب
الرضاء . ويبطال العقد اذا كان غلطاً واقعا ، أى اذا كان غلطاً لوثيقته من

وقع فيه لما أقدم على التعاقد . مثل ذلك شخص يشتري خاتما على أنه أرى
فيتين أنه غير أرى ، وشخص يهب آخر مالا وهو يظن أنه ابنه غير
الشرعى فإذا به أجنبي عنه . في اللئى الأول يوجد غلط في الشيء ، وفي
اللئى اللئانى يوجد غلط في الشخص .

والتدليس (dol) هو استعمال طرق احتيالية لأيقاع التعاقد في الغلط
وحمله على التعاقد . مثل ذلك أن يصطنع شخص عقود إيجار ليوم بها من
يشترى منه أرضا أن أجرة هذه الأرض مرتفعة .

التدليس

والأكره (violence) هو استعمال وسائل للضغط على إرادة للتعاقد
واقتناص رضائه ، وذلك بتهديده بخطر حال يصيبه في النفس أو في المال .
مثل ذلك تهديد شخص بالقتل إذا لم يوقع على عقد .

الأكراه

والنهن في القانون المصرى ليس بسبب في الرضاء . ولا يضمن به إلا
في عقد بيع صدر من قاصر على عقار يبيعه بما يقل عن ١/٢ قيمته . وفي هذه
الحالة يكون للقاصر أن يطلب تكملة الثمن الى ١/٢ القيمة .

النهن

٩٥ - المحل :

ويشترط في المحل أن يكون ممكنا ، موجودا ، مينا أو قابلا للتمين .
وغير مخالف للنظام العام ولا للأداب .

فالتعاقد على شيء غير ممكن باطل ، كما لو تعاقد حمام مع موكله على
رفع نقض في قضية لا تقبل النقض ، وكذا إذا باع شخص أرضا موقوفة .

المحل ممكن

والتعاقد على شيء غير موجود باطل كذلك ، كما لو باع شخص
منزلا ، ثم تبين أنه كان قد احترق قبل البيع . على أن التعاقد على شيء
غير موجود حالا ، ولكنه سيوجد في المستقبل ، صحيح ، كما لو باع مصنعا
قلرا من مصنوعاته على أن يصنعا بعد تمام البيع .

المحل موجود

ويجب أن يكون المحل مينا أو قابلا للتمين . فإذا كان المحل مينا

المحل مينا أو قابل
للتمين

معينة فلا بد أن يكون معينا نائفا للجهة . وإذا كان من التلبيات فلا بد أن يكون قابلا للتعيين ببيان درجة جودته ومقداره عدا أوزنا أو كيلا أو مقاسا .

الحل غير مخالف
النظام العام ولا
للأداب

ويجب أخيرا أن يكون الحل غير مخالف للنظام العام ولا للأداب . والنظام العام هو النظام الأعلى للمجتمع ، ولا يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على ما يخالفه ، كما لو اتفق المرشح مع الناخب على أن يبقيه صوته ، وكما لو اتفق شخص مع آخر على ارتكاب جريمة في مقابل مبلغ من المال كمنفعة ، فكل هذه العقود باطلة لخالفها للنظام العام . ومثل العقود المخالفة للأداب أن يستأجر شخص منزلا للدعارة أو أن يتفق مع امرأة على معاشرتها مقابل مبلغ من المال .

٩٦ - السبب :

تعريف السبب
السبب في العقد الملتزم
للباين

والسبب هو الغرض المباشر الذي يستوفاه المتعاقد من وراء التزامه . وفي العقد الملتزم للجانبين سبب التزام أحد المتعاقدين هو تنفيذ التزام للمتعاقد الآخر . ففي عقد البيع مثلا سبب التزام البائع بنقل الملكية هو تنفيذ المشتري بوفاء الثمن ، وسبب التزام المشتري بوفاء الثمن هو تنفيذ التزام البائع بنقل الملكية . ومن هنا وجد الارتباط والتقابل بين الالتزامات المتقابلة في العقد الملتزم للجانبين .

البيع بعدم التنفيذ

ويترتب على هذا الارتباط والتقابل : (١) إذا لم يتم أحد المتعاقدين بالتزام ، كان للمتعاقد الآخر أن يمتنع هو أيضا عن القيام بالتزامه ، وهذا ما يسمى بالدفع سلم التنفيذ (exception non adimpleti contractus) (٢) إذا لم يتم أحد المتعاقدين بالتزامه ، كان للمتعاقد الآخر أن يطلب

الفسخ العقد ولا يكتفى بالامتناع من تنفيذ التزامه ، وبذلك يتحمل نهائيا من الالتزام .

٢ — أحكام العقد

٩٧ — البطور والقوة الملزمة :

حكم العقد أن تكون له قوة ملزمة . وقبل أن تكون له هذه القوة يجب أن يكون صحيحا غير باطل . فنحن نتكلم في البطلان أولا ثم في القوة الملزمة .

٩٨ — البطور :

البطلان اما مطلق (nullité absolue) او نسبي (nullité relative).

البطلان المطلق

والبطلان يكون مطلقا اذا اختل ركن من أركان العقد ، بأن لم يكن الرضاء موجودا أو كان الرضاء صادرا من غير مميز ، أو كان الحل معلوما أو مستحيلا ، أو كان السبب معلوما أو غير مشروع الخ .

ويكون البطلان نسبيا في حالتين : (١) لنقص الأهلية (٢) أو لسبب من عيوب الرضاء (الغلط والتدليس والأكراه) .

البطلان النسبي

والفروق بين البطلان المطلق والبطلان النسبي : (١) العقد الباطل بطلانا مطلقا غير موجود حتى لو لم يطلب بطلانه ، أما العقد الباطل بطلانا نسبيا فموجود ويولد آثاره حتى يطلب بطلانه . (٢) البطلان المطلق يتمسك به كل من المتعاقدين وكل ذى مصلحة ، أما البطلان النسبي فلا يتمسك به الا المتعاقد الذي تقرر البطلان في مصلحته . (٣) البطلان للفق لا تلحقه الاجازة ، أما البطلان النسبي فيصححه اجازة من تقرر

الفرق بينهما

البطلان في مصلحته . (٤) البطلان المطلق لا يزول بالتقادم ، أما البطلان النسبي فيزول بالتقادم .

٩٩ - القوة الملزمة للعقد :

لصحة القوة الملزمة

فإذا تم العقد صحيحا كانت له قوة ملزمة . وهذه القوة الملزمة نسبية بالنسبة للأشخاص وبالنسبة للموضوع . فالنسبة للأشخاص معناها أن العقد لا يمتد أثره إلا إلى المتعاقدين . والنسبة للموضوع معناها أن العقد لا يلزم إلا بما كان محلا للالتزام الوارد فيه .

فالعقد لا يمتد أثره إلا للمتعاقدين ، ولهذا اقضت شقن : (١) العقد يلحق أثره بالمتعاقدين (٢) العقد لا يمتد أثره إلى الغير .

العقد يلحق أثره
بالتعاقدين ،

الورثة

أما أن العقد يلحق أثره بالمتعاقدين فظاهر . فالعقد يولد التزامات في جانب كل من المتعاقدين أو في جانب أحدهما ، ويسمى حقوقا لكل من المتعاقدين أو لأحدهما ، فالمتعاقدان هما اللذان يلحق بهما أثر العقد . ويلحق بالمتعاقدين الورثة والمائون . فوارث البائع لا يرث المدين التي انتقلت ملكيتها للمشتري ، ووارث المشتري يرث المدين التي انتقلت ملكيتها لمورثه .

المائون

الدعوى البوليمية

ودائن البائع لا يستطيع أن يتخذ على المدين التي باعها مدينه ، ويستطيع ذلك دائن المشتري . ومع ذلك لا يلحق المدين أثر العقد إذا قصد مدينه الأضرار به فتصرف متواطئا مع المشتري على هذا الأضرار ، أو غير متواطئ . إذا كان التصرف تبرعا . وفي هذه الحالة للدائن أن يطعن في هذا التصرف بدعوى أبطال التصرفات (Action Paulienne) ، ويعتبر التصرف غير نافذ في حقه .

العقد لا يمتد أثره
إلى الغير

وأما أن العقد لا يمتد أثره إلى الغير ، فعنى ذلك أن غير المتعاقدين لا يكسب حقا ولا يترتب في ذمته التزام من عقد لم يكن طرفا فيه . ومع

الاشتراط لمصلحة
النسب

ذلك يجوز الاشتراط لمصلحة الغير (stipulation pour autrui) ، كما لو آمن شخص لمصلحة أولاده ، فالمؤمن تصاد مع شركة التأمين على أن تدفع هذه مبلغا من المال لأولاده بعد موته ، ويسمى المؤمن مشترطا (stipulant) ، وشركة التأمين متعهدا (promettant) والأولاد متفيعين (bénéficiaires) ، ويلاحظ أن المتفع يكسب حقا مباشرا من عقد لم يكن طرفا فيه ، فإذا مات المؤمن استحق الأولاد مبلغ التأمين ، لا على أنه حق أيهم آل اليهم تركه ، بل على أنه حقهم المباشر ، وبذلك يخلص لهم هذا المبلغ ، ولا ينفذ عليه دائرو الميراث .

المسئولية التعاقدية

بقي أن نقدر لا يلزم إلا بما كان محلا للالتزام الواردة فيه . وهذه هي للمسئولية التعاقدية (responsabilité contractuelle) فالملتزم يلتزم بتنفيذ العقد يجب أن ينفذ ما التزم به ، إلا إذا منعه من ذلك قوة قاهرة (force majeure) أو حادث فجائي (cas fortuit) . والفصلان يستعملان عادة مترادفين .

القوة القاهرة
والحادث الفجائي

وشروط القوة القاهرة أو الحادث الفجائي أن يكون أمرا غير متوقع الحصول وغير مستطاع الدفع وأن يكون من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا ، كما لو حدث زلزال خرب منزلا مؤجرا ، فلم يستطع المؤجر القيام بالتزامه نحو المستأجر . ففي هذه الحالة ينقضى التزام المؤجر .

نظرية المصادفة
القاهرة

فإذا كان الحادث غير متوقع الحصول وغير مستطاع الدفع ، ولكنه لا يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا ، بل يقيه ممكنا ولكنه يصبح مرهقا للدين ، كما لو قامت حرب ارتفعت على أثرها الأسعار فأرحق ذلك المتعدين بتوريد أشياء ارتفعت أسعارها ارتفاعا قاسيا ، ففي هذه الحالة لا ينقضى التزام الدين ، بل ينقص أخصا بجعله غير مرهق . وهذه هي

نظرية الحوادث العارضة (théorie de l'imprévision) .

المبحث الثاني

المصادر غير التعاقدية

١ - العمل الضار

١٠٠ - شروط المسؤولية التقصيرية أو العمل الضار :

توجد للمسئولية التقصيرية (responsabilité délictuelle) اذا
توافرت ثلاثة شروط : الخطأ (faute) ، والضرر (dommage) وعلاقة
السببية ما بين الخطأ والضرر (lien de causalité) .

١٠١ - الخطأ :

سيار الخطأ
فالخطأ معياره ألا يتصرف الشخص تصرف الحازم الحكيم في
استعمال الرخص التي أباحها له القانون ، فيعتبر مقصراً . فنقاد سيارته
مصرحاً أكثر مما ينبغي فدهس شخصاً كان مقصراً ، وكذلك الطبيب
الذي يسيء علاج المريض ، والصيدلي الذي يهمل فيخطئ في صنع الدواء
وهكذا .

التصرف في استعمال
الحق
وكما يخطئ الشخص في استعمال رخصة أباحها القانون ، كذلك
يخطئ في استعمال حق إعطاء القانون ، فيستعمل هذا الحق في غير الغرض
الذي أعطى الحق من أجله ، وهذا هو التصرف في استعمال الحق (abus
de droit)

١٠٢ - الضرر :

الضرر للمادى
والضرر الأدبي
ولا بد أن يحدث الخطأ ضرراً ، حتى يتولد الالتزام بتعويض هذا

الضرر . والضرر قد يكون مادياً ، كما اذا دعت سيارة مارا في الطريق
فجرحته ، وقد يكون أدبياً ، كما اذا سب شخص آخر .

كيفية التعويض

وتعويض الضرر يكون عادة بمبلغ من النقود . وقد يحكم بالمبلغ
مقسطاً ، كما اذا كان المصاب أصح عاجزاً عن العمل فيحكم له بإيراد طول
الحياة . وقد يكون التعويض عينياً ، كما اذا حكم بإزالة حائط أقامها الجار
ليحجب النور عن جاره .

١٠٣ - عمومة السببية .

الضرر المباشر
والضرر غير المباشر

ولا بد أن توجد علاقة السببية بين الخطأ والضرر . ويجب أن يكون
الخطأ سبباً مباشراً للضرر ، فالأضرار غير المباشرة التي تنجم عن الخطأ لا
تعويض عليها ، كما لو أنلف شخص آلات زراعية لآخر ، فنجم عن ذلك
أن تعطلت الزراعة ، ولم يستطع المجرى عليه أن يجد مالا يفي به ديناً عليه ،
فأفلس ، فانتحر . في هذا المثل تعطيل الزراعة وما ترتب على ذلك من
الآثار هو الضرر المباشر الذي يمرض عنه ، أما الإفلاس والانتحر
فضرران غير مباشرين .

وينتق علاقة السببية القوة القاهرة والحادث الفجائي ، وقد تقدم
تعريفهما .

القوة القاهرة

١٠٤ - المسؤولية المبنية على خطأ مفروض :

وهناك حالات يجمل القانون الشخص مسئولاً فيها عن الضرر ، دون
أن تكون هناك حاجة لاثبات خطأ في جانبه ، اذ يفرض القانون هنا
الخطأ .

فالشخص مسئول عن م تحت رعايته ، فاذا وقع خطأ من أحد

من تحت الرعاية

مؤلاً ، فرض القانون أن هذا نتيجة تقصير من جانب الشخص . فالأب مثلاً مسئول عن خطأ ولده القاصر ، وللعلم مسئول عن خطأ تلميذه . والمخدوم مسئول عن خطأ خادمه إذا ارتكب الخادم الخطأ أثناء تأدية خدمته .

الحبوان وحارس الحبوان مسئول عما يحدثه الحبوان من الضرر .

١٠٥ — المسؤولية المبنية على تحمل التبعة :

وهناك مسؤولية لا تبنى لا على خطأ ثابت ولا على خطأ مفروض . وإنما تبنى على مبدأ الترم بالنعم . وذلك أن الشخص قد يملك شيئاً جزيل الفائدة عظيم الضرر ، مثل ذلك السيارات والآلات الميكانيكية ، فمثل هذه الأشياء يستفيد منها الشخص فائدة كبيرة ، ولكنها تعرض لأخطار كثيرة ، فمن العدل أن يتحمل الشخص تبعاتها ، كما حصل فائدتها ، والترحم بالنعم . وهذه هي نظرية تحمل التبعة (théorie des risques) ، وهي نظرية كثيراً ما تطبق على حوادث العمل ، فيكون صاحب العمل مسئولاً عما يحدث له من أضرار بسبب العمل ، ولو لم يثبت في جانبه خطأ ، بل لو ثبت أن الضرر انما وقع بمحادث فجائى .

حوادث العمل

٢ — الأثرأ على حساب التبر

١٠٦ — القاعدة العامة :

القاعدة العامة أن كل شخص أثرى على حساب غيره يلتزم برد ما أثرى به أو مقدار ما اقترب به التمان . وهذه هي قاعدة الأثرأ على حساب الغير دون سبب (enrichissement sans cause)

ويشترط لتطبيق القاعدة :

(١) أن شخصاً يثرى ، والأثرأ قد يكون مادياً كما لو أصلح شخص

أثرأ شخص

هنا مملوكة لآخر مستقدا انها ملكه ، فالتخص الآخر يكون قد أثرى بقيمة هذا الاصلاح اللدى ، وكما لو علم مدرس تلميذا ، فالتلميذ يكون قد أثرى اثره منوياً .

وافتهار آخر

(٢) وأن شخصا آخر يفتر ، كما في التلن للتقدمين ، فالتى أصلح ملك النير افتر بمقدار ما أفتق على الاصلاح ، والتى علم للتلميذ افتر بمقدار ما صرف من وقت وبذل من جهد . وقد يثرى شخص دون أن يفتر آخر ، كما اذا أنشأ شخص في منزله حديقة استفاد من منظرها الجار ، فن الجار يكون قد أثرى ولكن الشخص الذى أنشأ الحديقة في منزله لم يفتر اذ هو يعنى من الحديقة بمقدار ما أفتق عليها ، ففى هذه الحالة لا يكون هناك اثره على حساب النير .

دون سبب

(٣) ألا يكون هناك سبب قانونى لاثراء شخص وافتهار آخر ، فلو كان هناك عقد بين من أصلح ملك غيره وهذا الغير ، أو بين للعلم والتلميذ ، فالواجب تطبيق أحكام هذا العقد لا قاعدة الاثراء على حساب النير .

١٠٧ - دفع ما لا يجب :

وهناك تطبيق لقاعدة الاثراء على حساب النير نجده في قاعدة دفع ما لا يجب (paiement de l'indû) .

دين فهو واجب الاداء

ويشترط : (١) أن شخصا يدفع شيئا غير واجب الأداء ، كأن يؤدى ديناً كان مورثه قد وفاة قبل موته .

مطلبا أو اكراه

(٢) وأن يكون قد دفع الدين من طريق السلط أو عن طريق الاكراه ، بأن يكون وقت الدفع مستقدا أنه يدفع ديناً واجب الأداء ، أو يكون قد أكره على الدفع كما لو لم يجد الخالصة بالدين في أوراق مورثه

فأضطر إلى الدفع ثم وجد الخالصة بعد ذلك .

فإذا توافر هذان الشرطان يسترد من دفع مقلما ما دفعه ، وإذا كان
الشخص الآخر سيء النية ، أى يعلم أنه يتقاضى شيئا لا حق له فيه ، التزم
بالرد وبالتعويض معا .

١٠٨ - عمل الفضولى

وهناك تطبيق آخر لقاعدة الآراء على حساب الغير في عمل الفضولى

(gestion d'affaires).

ويشترط في عمل الفضولى : (١) أن يقوم شخص بعمل لمصلحة آخر
دون توكيل منه ، كما إذا قام شخص بوفاء دين عن آخر أو أصلح له منزله .
(٢) وأن يكون هذا العمل ضروريا . (٣) وألا يكون للفضولى مصلحة
شخصية فيه . فن أصلح منزل جاره وهو يستقد أنه منزله لا يكون فضوليا ،
بل يرجع بدهوى الآراء على حساب الغير كما قدمنا .

وإذا توافرت هذه الشروط التزم الفضولى باتمام ما بدأ به من العمل
حتى يتمكن رب العمل من تسلم الأمر في يده ، والتزم رب العمل بأن
يرد للفضولى ما تكبدته من النفقة .

٣ - القانون

١٠٩ - الالتزامات التى تنشأ من القانون :

وقد تنشأ الالتزامات ويكون مصدرها حكما فى القانون .

مثل ذلك النفقة ما بين الأقارب ، وواجبات الجوار .

أما من ذلك

الفصل الثاني

أحكام الالتزام

١١٠ - ترتيب الموضوع :

نتكلم في أثر الالتزام ، ثم في أوصافه ، ثم في انتقاله ، ثم في انقضاءه

١ - أثر الالتزام

١١١ - التنفيذ العيني :

أثر الالتزام هو إلزام الدين أن يقوم بالتزامه عيناً ، فإن كان قسراً ملكية وجب عليه أن ينقلها ، وإن كان عملاً وجب عليه أن يقوم به ، وإن كان كفاً عن عمل وجب عليه أن يمتنع من هذا العمل .

١١٢ - التعويض :

فإذا امتنع التنفيذ العيني خلطاً من الدين وجب عليه أن يدفع تعويضاً للدين .

والتعويض يقدره عادة القاضي . وهو تعويض عن الخسارة التي أصابت المدين من جراء عدم تنفيذ الدين لالتزامه ، وعن المكسب الذي فاته بسبب ذلك . وهو يسمى في الفرنسية (dommages-intérêts) ، مثل ذلك مقاول تأخر في تسليم المنزل الذي تعهد ببنائه عن الليجاد المحدد ، فيصبح مسئولاً عن تعويض ما أصاب صاحب المنزل من الخسارة بدفعه أجرة منزل سكنه مدة التأخر ، وعن تعويض ما فلت صاحب المنزل من المكسب بتأخيره عن استلام منزل كان يستطيع استغلاله .

تدوير القضاء

تقدير المتعاقدين
(الشرط الجزائي)

وقد يقدر للمتعاقدان التعويض مقدما في العقد ، وهذا ما يسمى بالشرط الجزائي (clausse pénale) . ففي النزل للتقدم يصح أن يتفق للقول مع صاحب المنزل على أن يكون التعويض عن التأخر في التسليم مقدرا بمبلغ معين . والقضاء الأهل يذهب إلى أنه يجوز اقتصاص المبلغ المتفق عليه إذا جاوز الضرر الفعلي الذي لحق المالك .

تقدير القانون

وقد يقدر القانون التعويض ، وذلك في حالة التقود . وقد وضع القانون المصري سعرا معينا للعائلة القانونية ، هو ٠.٥٪ في المسائل المدنية و ٠.٧٪ في المسائل المدنية التجارية ، أما السعر الذي يجوز الاتفاق عليه فلا يصح أن يجاوز ٠.٩٪ .

٢ - أوصاف الالتزام

١١٣ - الالتزام الموصوف :

قد يكون الالتزام بسيطا ، وقد يكون موصوفاً ، ومن أوصاف الالتزام الشرط (condition) والأجل (terme) والتضامن (solidarité) .

١١٤ - الشرط :

الشرط أمر مستقبل غير محقق الحصول ، يتوقف على تحققه فإذا التزام أوزواله .

والشرط إما أن يكون شرطا موقفا (condition suspensive) ، وإما أن يكون شرطا فاسخا (condition résolutoire) .

الشرط الموقوف

فالشرط الموقوف هو الذي يتوقف على تحققه فإذا التزام . كما إذا التزم شخص بهبة منزل لولده إذا تزوج ، فالالتزام هنا معلق على شرط موقوف والشرط الموقوف قبل أن يتحقق لا يمنع وجود الالتزام ، ولكن يمنع

فناذه ، فإذا ما تحقق وجود الالتزام فقد بأثر رجعي (effet rétroactif) أى يكون فناذه من وقت وجوده لا من وقت تحقق الشرط .

الشرط الفاسخ

والشرط الفاسخ هو الذى يتوقف على تحققه زوال الالتزام . كما اذا وهب شخص لطلقة منزلا تسكنه بشرط ألا تزوج . فالزواج هنا شرط فاسخ ، والالتزام بالهبة معلق على هذا الشرط .

والشرط الفاسخ لا يمنع وجود الالتزام ونفاذه معا ، ولكن اذا تحقق الشرط انعدم الالتزام بأثر رجعي ، أى من وقت وجوده لا من وقت تحقق الشرط ، فيعتبر الالتزام كأن لم يكن .

١١٥ - الأجل

الأجل أمر مستقل بحقق الحصول ، يتوقف على حلوله فناد الالتزام أو زواله .

الفرق بين الشرط والأجل

والفرق بين الشرط والأجل فيما يأتى : (١) الشرط أمر غير محقق الحصول ، أما الأجل فأمر محقق الحصول . ومتى كان الأمر محقق الحصول فهو أجل ، حتى لو كان وقت حصوله غير محقق ، كالموت . (٢) للشرط أثر رجعي ، وليس للأجل هذا الأثر .

والأجل اما أن يكون أجلا موقعا (terme suspensif) أو أجلا فاسحا (terme extinctif) .

الأجل الموقف

فالأجل للموقف هو الذى يتوقف على حلوله فناد التزام ، كالتزام للقرض برد ما اقترضه بعد سنة ، فالاستأجل موقوف فناد حل الأجل فناد التزام للقرض ، ووجب عليه رد القرض .

الأجل الفاسخ

والأجل الفاسخ هو الذى يتوقف على حلوله زوال التزام ، كالتزام

للؤجر بترك المستأجر ينتفع بالعين للؤجرة مدة الايجار ، فدية الايجار أجل
فاسخ ، واذا حل الأجل انقضى التزام للؤجر .

١١٦ - التضامن

والتضامن اما أن يكون بين المائنين أو بين الدينين .

مثل تضامن المائنين أن يكون (أ) و (ب) دائنين بالتضامن ل
(ج) بمبلغ ١٠٠ جنيه فيجوز أن يطالب (أ) وحده للدين بكل الدين
فتبرأ ذمة للدين نحو (أ) ونحو (ب) معا ، ويرجع (ب) على (أ) بنصيبه في
الدين .

ومثل تضامن المدينين أن يكون هناك دائن بمبلغ ٣٠٠ جنيه مثلا
للمدينين ثلاثة متضامين :

(أ) و (ب) و (ج) . فيجوز للمدين أن يرجع على أى مدين يختاره
من هؤلاء الثلاثة بكل الدين ، وعلى رجع على واحد منهم ، ودفع هذا كل
الدين ، برأت ذمته نحو المائنين ، وكذلك برأت ذمة المدينين الآخرين نحو
المائنين . ثم يرجع المدين الذى دفع كل الدين على بقية المدينين كل بقدر
نصيبه . فلو فرض أن المائنين رجع فى القرض المتقدم على (أ) بكل الدين ،
فإن (أ) يرجع على كل من (ب) و (ج) بمبلغ ١٠٠ جنيه - واذا وجد (أ)
أن أحد المدينين مصر ، تحمل هو والمدين الآخر بقية هذا الاعسار ، كأن
يجد (أ) عند رجوعه على (ب) و (ج) أن (ب) مصر ، فانه يرجع على
(ج) بمبلغ ١٥٠ جنيه ، ويتحمل هو ١٥٠ جنيه ، فيكون كل من (أ)
و (ج) قد تحمل بقية أعسار (ب) .

٣ - انتقال الالتزام

١١٥ - حوالة الحق

يجوز أن ينتقل الالتزام من دائن الى دائن ، وهنا ما يسمى بحوالة الحق (cession de créance) .

وفي حوالة الحق يبقى الالتزام كما هو ، مكفولا بضماناته ، وانما ينتقل من دائن الى دائن .

١١٦ - حوالة الدين :

ولا يجوز في القانون المصري أن ينتقل الالتزام من مدين الى مدين ، مع بقائه كما هو مكفولا بضماناته ومثل هذا الانتقال اذا جاز يسمى بحوالة الدين (cession de dette) .

واجبزت حوالة الحق دون حوالة الدين ، لأنه لا يضر المدين كثيرا أن يتغير دائنه في حوالة الحق ، ولكن يضر الدائن كثيرا أن يتغير مدينه في حوالة الدين .

٤ - اقفاء الالتزام

١١٧ - الوفاء :

الوفاء : يعنى الالتزام بالوفاء (paiement) ، وهو قضاء الالتزام عينا .

١١٨ - قضا الالتزام بالتزام آخر :

وقد يقضى المدين التزامه لا عينا كما في الوفاء ، ولكن بدين آخر .
ويعود ذلك في القضاة (compensation) ، وصورتها أن يكون للمدين مدينا ودائنا لشخص آخر في وقت واحد ، فيتقاس الدينان .

ويكون ذلك أيضا في التجديد (novation) وصورته أن للدين والتأمين يتفقان على أن ينقضى الدين ، ويحل محله دين جديد . وذلك بأن يتغير التأمين في هذا الدين الجديد ، أو بأن يتغير المدين . فالتجديد إما أن يكون تجديدنا بتغيير التأمين ، ويختلف عن حوالة الحق في أن الحوالة قللت الالتزام نفسه بضمائنه ، وأما التجديد فقد قضى الالتزام وأحل محله التزاما جديدا . وإما أن يكون تجديدنا بتغيير المدين ، ويختلف عن حوالة الدين كذلك في أن الحوالة قللت الالتزام نفسه ، وأما التجديد فقد قضى الالتزام وأحل محله التزاما جديدا .

١١٩ — قصد الالتزام بوجه وفاء .

وقد ينقضى الالتزام دون وفاء ، ويكون ذلك في الإبراء واستحالة التنفيذ وانحاد القمة والتفادم .

الإبراء فالإبراء (remise de dette) يكون إذا تنازل المائن عن حقه في قمة للدين دون مقابل .

استحالة التنفيذ واستحالة التنفيذ قضى الالتزام كذلك ، لأن الدين لا يلزم بالمستحيل .

انحاد القمة وانحاد القمة (confusion) صورته أن يرث المائن للدين ، أو أن يرث للدين المائن ، فتتحد القمة في المائتين ، ويصبح المائن مدينا لنفسه ، أو يصبح للدين دائنا لنفسه ، فينقضى الدين

التفادم والتفادم المسقط (prescription extinctive) يكون بمعنى ١٥ سنة على الدين دون أن يطالب به المائن فيسقط بالتفادم ، وإذا كان الدين دوريا ، كأجرة المنازل والأراضي ، فإنه يسقط بمعنى ٥ سنين ، لأن الدين

المورد يدفعه للدين عادة من الربح لا من رأس المال ، فإذا لمحمد عليه
لمدة تزيد على خمس سنين كان مرحقا واضطر الى دفعه من رأس المال .

٥ - اثبات الالتزام

١٢٠ - **الاثبات يقع على مصدر الالتزام لا على الالتزام ذاته :**

المائن هو للكلف بأثبات حقه .

حبه الاثبات على
الدائن

ويقع الاثبات على مصدر الالتزام ، عقدا كان أو غير عقد .

١٢١ - **اثبات غير المعسر .**

فإذا كان للمصدر غير عقد ، كان للدائن أن يثبت هذا للمصدر بأية

جميع طرق الاثبات

طريقة من طرق الاثبات ، بما فيها البينة والقرائن .

١٢٢ - **اثبات المعسر .**

أما إذا كان للمصدر عقد ، فإذا كانت قيمة الالتزام تزيد على عشرة

قيمة الالتزام تزيد
على ١٠ جنيه

جنيهات ، فلا يجوز للدائن أن يثبت هذا العقد إلا بالكتابة . ويقوم مقام

الكتابة اقرار للدين ، أو توجيه اليمين اليه فينكل عن حلفها أو يردّها الى

المائن فيعطف . فالأثبات في هذه الحالة لا يكون إلا بالكتابة أو الاقرار

أو اليمين .

أما إذا كانت قيمة الالتزام لا تزيد على عشرة جنيهات ، فكأن يجوز

قيمة الالتزام لا تزيد
على ١٠ جنيه

الاثبات بالكتابة والاقرار واليمين ، كذلك يجوز الاثبات بالبينة

والقرائن . والبينة هي الشهود .

فهرست

مقدمة

٣

مقدمة :

٣ الفرض من دراسة علم أصول القانون

٤ التعريف بالقانون

٤ خصائص القانون

٦ ضرورة القانون

٦ نطاق القانون

٧ اتصال القانون بالعلوم الأخرى

٨ خطة البحث

٩ الباب الأول : طبيعة القانون

١٠ الفصل الأول : المذاهب القانونية

١١ المبحث الأول : مذهب أوستن

١٧ المبحث الثاني : مدرسة الشرح على المتون

٢١ الفصل الثاني : المذاهب الاجتماعية

٢١ المبحث الأول : مذهب القانون الطبيعي

٣٠ المبحث الثاني : مذهب التطور التاريخي

٣٣ المبحث الثالث : مذهب القانون الطبيعي ذي الحدود المتغيرة

٣٦ المبحث الرابع : مذهب الفاية الاجتماعية

٣٩ المبحث الخامس : مذهب التضامن الاجتماعي

٤٥ المبحث السادس : مذهب العلم والصياغة

ملحة

٤٥	١ - العلم
٤٨	٢ - الصياغة
٤٩	١ - طرق الصياغة للمادية
٥١	ب - طرق الصياغة المنوية
٥٣	الباب الثاني : مصادر القانون
٥٤	الفصل الأول : العادة والعرف
٥٤	١ - كيف تصبح العادة قانوناً
٥٩	٢ - العادة والعرف كمصدر رسمي للقانون المصري
٦٥	الفصل الثاني : الدين
٦٥	١ - كيف يكون الدين مصدراً رسمياً للقانون
٦٩	٢ - الدين كمصدر رسمي للقانون المصري
٧٠	الفصل الثالث : قواعد العدالة والقانون الطبيعي
٧٥	الفصل الرابع : التشريع
٧٧	المبحث الأول : سن التشريع
٧٨	١ - المبادئ العامة في سن التشريع
٨١	٢ - سن التشريع في مصر
٨٥	المبحث الثاني : جميع القوانين (التقنين)
٩٣	المبحث الثالث : تطبيق التشريع
٩٣	١ - تطبيق التشريع من حيث المكان
١٠٥	٢ - تطبيق التشريع من حيث الزمان
١١٠	المبحث الرابع : تفسير التشريع

صفحة	
١١٩	المبحث الخامس : إلغاء التشريع
١٢٢	الفصل الخامس : الفقه والقضاء
١٢٤	المبحث الأول : الفقه والقضاء في القوانين القديمة
١٤٣	المبحث الثاني : الفقه والقضاء في القوانين الحديثة
١٥٥	الباب الثالث : فروع القانون
١٥٥	الفصل الأول : القانون الدولي
١٥٦	الفرع الأول : القانون الدولي العام
١٥٩	الفرع الثاني : القانون الدولي الخاص
١٦٢	الفصل الثاني : القانون الداخلي
١٦٢	الفرع الأول : القانون العام
١٦٤	المبحث الأول : القانون الدستوري
١٦٥	المبحث الثاني : القانون الإداري والقانون المالي
١٦٧	المبحث الثالث : قانون العقوبات وقانون تحقيق الجنايات
١٦٨	الفرع الثاني : القانون الخاص
١٦٩	المبحث الأول : القانون المدني
١٧٠	أ — قانون الأحوال الشخصية
١٧٢	ب — قانون المعاملات
١٧٢	المبحث الثاني : القانون التجاري والقانون البحري
١٧٣	المبحث الثالث : قانون المرافعات المدنية والتجارية

صفحة

١٧٧

مقدمة القانون المدني

١٧٩

مقدمة :

١٧٩

تعريف القانون المدني

١٧٩

التقسيمات الرئيسية للقانون المدني

١٨٠

القسم الأول : الأموال الشخصية

١٨١

الباب الأول : الشخصية

١٨١

الفصل الأول : الشخص الطبيعي

١٨٢

المبحث الأول : الشخصية من ناحية القانون (أو أهلية الوجوب)

١٨٣

١ — بدء الشخصية ونهايتها

١٨٥

٢ — متعلقات الشخصية (الاسم والأسرة والموطن والجنسية)

١٩٠

المبحث الثاني : أهلية الأداء

١٩٠

١ — النظرية العامة لأهلية الأداء

١٩٣

٢ — أحكام الأهلية في الشريعة الإسلامية وقانون المجالس الحسينية

١٩٥

الفصل الثاني : الشخص المعنوي

١٩٦

المبحث الأول : ماهية الشخص المعنوي وأقسامه

١٩٦

١ — ماهية الشخص المعنوي

٢٠١

٢ — أقسام الشخص المعنوي

٢٠٥

المبحث الثاني : نظام الشخص المعنوي

٢٠٥

١ — كيف يولد الشخص المعنوي

٢٠٩

٢ — كيف يعيش الشخص المعنوي (نشاطه القانوني)

٢١٣

٣ — كيف يموت الشخص المعنوي (طرق انقضاء الشخص المعنوي)

صفحة

٢١٤ الباب الثاني : روابط الأسرة

٢١٤ ١ — الروابط الشخصية

٢١٧ ٢ — الروابط المالية

٢٢٠ القسم الثاني : المعاملات المالية

٢٢٠ تمهيد :

٢٢٠ تقسيم الأموال

٢٢٣ تقسيم الحقوق

٢٢٤ النعمة المالية

٢٢٩ الباب الأول : الحقوق العينية

٢٢٩ الفصل الأول : نطاق الحقوق العينية

٢٢٩ المبحث الأول : الحقوق العينية الأصلية

٢٣٠ ١ — حق الملكية

٢٣٢ ٢ — حقوق الانتفاع

٢٣٥ ٣ — حقوق الارتفاق

٢٣٦ المبحث الثاني : الحقوق العينية التبعية

٢٣٦ ١ — رهن الحيازة والرهن الرسمي

٢٣٧ ٢ — حق الاختصاص

٢٣٨ ٣ — حقوق الامتياز

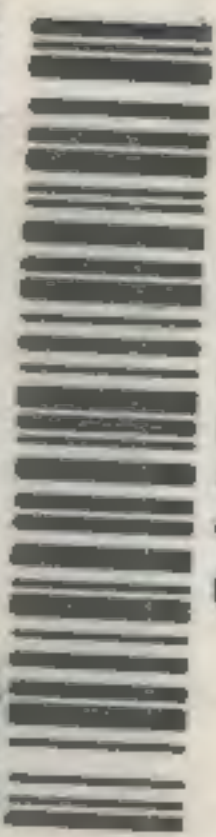
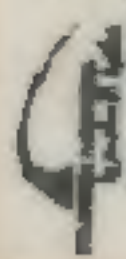
٢٣٩ ٤ — حق الحبس

٢٣٩ الفصل الثاني : طرق كسب الحقوق العينية

٢٤٠ ١ — الاستيلاء

صفحة	
٢٤١	٢ — الالتصاق
٢٤٢	٣ — الشفعة
٢٤٣	٤ — التقادم
٢٤٥	الباب الثاني : الحقوق الشخصية أو الالتزامات
٢٤٥	الفصل الأول : مصادر الالتزام
٢٤٨	المبحث الأول : العقد والارادة المنفردة
٢٤٩	١ — أركان العقد
٢٥٢	٢ — أحكام العقد
٢٥٥	المبحث الثاني : المصادر غير التعاقدية
٢٥٥	١ — العمل الضار
٢٥٧	٢ — الأثرأء على حساب الغير
٢٥٩	٣ — القانون
٢٦٠	الفصل الثاني : أحكام الالتزام
٢٦٠	١ — أثر الالتزام
٢٦١	٢ — أوصاف الالتزام
٢٦٤	٣ — انتقال الالتزامات
٢٦٤	٤ — انقضاء الالتزام
٢٦٦	٥ — اثبات الالتزام

Bibliotheca Alexandrina



0412542